

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

**Du Principe de Répartition des Compétences
en ce qui concerne
les Litiges nés sur les Contrats passés
par les personnes administratives**

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 7 février 1924 à 8 h. 1/2

PAR

Paul DOUYSET

JURY :

MM. JACQUÉLIN, *Président.*
ROLLAND, *Professeur*
MESTRE, *Professeur.*

CHATEAUROUX

SOCIÉTÉ D'IMPRIMERIE, D'ÉDITION ET DES JOURNAUX DU BERRY

1924

**Du Principe de Répartition des Compétences
en ce qui concerne
les litiges nés sur les Contrats passés
par les personnes administratives**

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

**Du Principe de Répartition des Compétences
en ce qui concerne
les Litiges nés sur les Contrats passés
par les personnes administratives**

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 7 février 1924 à 8 h. 1/2

PAR

Paul DOUYSET

JURY :

MM. JACQUELIN, *Président.*
ROLLAND, *Professeur*
MESTRE, *Professeur.*

CHATEAUX

SOCIÉTÉ D'IMPRIMERIE, D'ÉDITION ET DES JOURNAUX DU BERRY

—
1924

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



Introduction

Lorsqu'on feuillette les recueils d'arrêts du Conseil d'Etat, on ne peut manquer d'être surpris par les incertitudes et les contradictions de la jurisprudence sur un point qui semblerait devoir être fixé depuis longtemps: celui de la répartition des compétences.

En entreprenant cette étude que nous avons limitée au contentieux contractuel, parce que c'est à son sujet que les hésitations jurisprudentielles ont peut-être été le plus marquées, et aussi parce qu'il constitue, en quelque sorte, le contentieux par excellence, nous pensions que, malgré les apparences, on pouvait grouper, autour d'un même principe, des décisions qu'à première vue on aurait pu croire opposées. Nous inclinons volontiers à considérer que la juridiction administrative devait permettre le fonctionnement des services publics en connaissant des litiges soulevés par « leur exécution, leur inexécution ou leur mauvaise exécution » et que, par suite, la notion de service public était le critérium de la répartition des compétences, au moins pour la jurisprudence postérieure à la date relativement récente de l'arrêt Blanco.

— A la vérité, nous n'acceptions pas sans un certain étonnement l'existence de la juridiction administrative. Car, même en supposant sa compétence nettement délimitée par la notion de service public, c'est-à-dire en la considérant, en somme, comme la gardienne de l'intérêt général, nous ne concevions pas que cette défense de l'intérêt commun put être faite autrement, en matière juridictionnelle, que par l'application et l'interprétation des lois pour lesquelles a été précisément institué le pouvoir judiciaire.

Pour nous résumer, il nous semblait, au seuil de cette étude, que la juridiction administrative s'était fait une place dans nos institutions; mais le rôle que nous lui attribuions ne nous paraissait pas de nature à justifier par lui-même son existence.

Or, il est impossible de dégager le sens de l'activité confuse d'une institution dont on ignore la raison d'être. Voilà pourquoi, avant même d'entreprendre l'étude détaillée de la jurisprudence au point de vue de la répartition des compétences, nous avons essayé de mettre en lumière, en étudiant son histoire, la mission et la nature de la juridiction administrative.

— Ces considérations historiques, à la suite desquelles la juridiction administrative moderne nous est apparue comme une simple survivance de la juridiction administrative de l'Ancien Régime, nous ont déjà fait douter de la possibilité de trouver un principe de répartition des compétences, parce qu'elles montraient que la juridiction administrative avait été conçue comme une institution tout entière fondée sur l'arbitraire royal.

Une lecture attentive de la jurisprudence a confirmé ce sentiment, et la constatation de l'échec des diverses théories qui avaient prétendu dégager un

principe de répartition nous a contraint d'affirmer que la nature même de la juridiction administrative s'oppose à ce qu'un principe quelconque domine l'étendue de sa compétence.

— Quand nous affirmons que l'arbitraire seul domine la répartition des compétences, nous entendons bien n'attacher à ce mot aucun sens péjoratif, ni suspecter, en quoi que ce soit, l'impartialité que tout le monde se plaît à reconnaître, à juste titre, aux membres des tribunaux administratifs, et, tout particulièrement, du Conseil d'Etat. Mais, quels que soient la science et les efforts de ces hauts magistrats, la nature même de l'institution à laquelle ils appartiennent est plus forte qu'eux, ainsi qu'on peut l'apercevoir à la difficulté qu'ils éprouvent à motiver leurs décisions de peur d'être contraints d'aller, peu après, à l'encontre même des principes qu'ils auraient énoncés.

Notre plan se dégage aisément de ce que nous venons d'écrire; il comprend trois parties: dans un livre premier nous étudierons, d'après l'histoire, ce qu'est la juridiction administrative, — dans un livre second, ce qu'elle a fait, sa jurisprudence au point de vue de l'étendue de sa compétence en matière de contentieux contractuel, — dans un livre troisième, les diverses théories qui ont cru avoir découvert un principe de répartition des compétences, — enfin, dans la conclusion, nous montrerons comment la jurisprudence et l'histoire concourent à expliquer l'impossibilité où l'on se trouve de dégager un tel principe.

Du Principe de Répartition des Compétences

En ce qui concerne les Litiges nés sur les Contrats passés
par les personnes administratives

LIVRE PREMIER

De la Juridiction administrative

CHAPITRE PREMIER

L'ANCIEN RÉGIME

Si l'on excepte les « lois fondamentales du Royaume » qui réglaient certains points de droit constitutionnel, tels que la dévolution de la couronne dans la famille royale, le droit public de l'ancien régime se résumait tout entier dans ce principe: « tous les pouvoirs appartiennent au roi » que Louis XIV a formulé d'une si forte manière dans sa phrase fameuse: « l'Etat c'est moi. »

Le roi a donc, par la grâce de Dieu, tous les pouvoirs: il fait la loi, il administre, il juge. Tout cela aussi longtemps que le domaine royal ne s'est pas trop étendu, aussi longtemps que la vie publique n'a pas été trop développée pour submerger l'activité

d'un homme seul entouré de quelques conseillers, le roi l'a fait en personne assisté de la « *Curia regis* ». Mais, petit à petit, et encore assez vite, le Monarque et sa cour ne purent venir à bout de leur tâche grandissante, et des modifications durent être apportées à l'organisation primitive du gouvernement. C'est ainsi qu'au XIII^e siècle, la *Curia regis* fut divisée en deux corps: le Conseil du Roi d'une part, à qui devait être dévolue, en principe, la connaissance des affaires politiques et, d'autre part, composé de clercs et de légistes, appointés à l'origine par le trésor royal, le Parlement dont la fonction essentielle devait être de rendre la justice. Il se fixa à Paris et reçut de Philippe-le-Bel son organisation définitive. Au fur et à mesure de l'extension du domaine royal, des Parlements furent placés en province où ils reçurent des attributions identiques à celles du Parlement de Paris. Mais, bien que Cours souveraines, ils rendaient la justice au nom du roi et demeuraient soumis au contrôle, en cassation, de son Conseil.

Par suite de l'importance toujours croissante des affaires publiques, le Parlement dut à son tour, comme l'avait déjà fait la *Curia regis*, se diviser. C'est ainsi que fut créée, avec les mêmes caractères de Cour souveraine que les Parlements, la Chambre des Comptes (janvier 1319), qui donna elle-même naissance à la Chambre et Cour des Aides (28 décembre 1355) et à la Chambre et Cour des Monnaies (18 septembre 1357). D'autres tribunaux secondaires se formèrent encore qui relevèrent en appel des Parlements.

A l'origine, tous les magistrats de ces divers tribunaux — aussi bien que les membres du Conseil du Roi — étaient essentiellement révocables par le roi au nom de qui ils rendaient la justice; — mais dans son

ordonnance du 21 octobre 1467, Louis XI posa le principe de l'inamovibilité de tous les officiers royaux, privilège dont bénéficièrent naturellement les membres du *Grand Conseil* créé par Louis XII en 1498 pour connaître des causes évoquées jusqu'alors devant le Conseil du Roi. Enfin, au début du xvi^e siècle, s'établit la pratique de l'hérédité et de la vénalité des offices, grâce à laquelle leurs détenteurs étaient dorénavant indépendants vis-à-vis du roi — d'autant plus indépendants que l'état, en général peu florissant des finances de l'Ancien Régime, empêchait le roi de les renvoyer en leur remboursant la valeur de leur charge.

Ainsi, désormais, l'exercice de la justice que le roi rendait, à l'origine, en personne, était confiée à des magistrats aussi peu soumis à lui que possible. Il semble vraiment qu'alors — au début du xvi^e siècle — l'indépendance était complète de ce que nous appelons aujourd'hui le pouvoir judiciaire et qu'il possédait véritablement la plénitude de ses attributions naturelles, puisque toutes les affaires, tant privées qu'administratives (comme nous dirions aujourd'hui), relevaient de tribunaux constitués par des juges indépendants et que tous leurs arrêts étaient soumis à une cour de justice souveraine: le Grand Conseil.

Cet état de choses ne fut d'ailleurs pas de longue durée. Outre qu'il paraît bien que le Grand Conseil ne connut jamais des propositions d'erreurs et requêtes en revision qui constituaient des pouvoirs fondés sur la théorie de la justice retenue, sa compétence en matière de procès jugés sur évocation se restreignit très rapidement. Dès le règne de Henri II, le roi reprit de plus belle l'habitude d'évoquer directement les affaires devant son propre Conseil qui était resté composé de conseillers amovibles et, en particulier,

devant une section de ce Conseil qui prit le nom de Conseil Privé ou des Parties (1).

Lorsque le Grand Conseil fut ainsi laissé de côté, quelle était dans ses grandes lignes — car il faut toujours se souvenir qu'en matière juridictionnelle, le roi, grâce à sa toute puissance, pouvait distraire une affaire de ses juges naturels soit au moyen de jugement par commissaire, soit, plus brutalement encore, par l'emploi de lettre de cachet « application extrême de la justice retenue » (2) — quelle était dans ses grandes lignes l'organisation juridictionnelle de l'Ancien Régime? Des tribunaux composés de juges inamovibles soumis en dernier ressort à un Conseil présidé par le Roi et constitué par des conseillers révocables *ad nutum*. Tribunaux spécialisés dans la connaissance de certaines affaires, comme la Cour des Aides, par exemple, dont la compétence s'étendait au contentieux des impôts ou du moins de certains d'entre eux, ou bien, tribunaux à compétence de droit commun, comme les Parlements, mais qui, dans leur ensemble, connaissaient *dans des conditions identiques* de toutes les sortes de procès.

Cette organisation juridictionnelle qui dura, en somme, de Henri II jusqu'à Richelieu, est, semble-t-il, celle qui, théoriquement, concilie le mieux le principe de la toute puissance royale et la nécessité d'assurer aux particuliers une justice offrant les plus grandes garanties d'impartialité: à la base, des magistrats à qui la propriété de leur charge assurait le maximum

(1) V. Esmein. Histoire du droit Français. 11^e éd. 1912. p. 525.

(2) Suivant la jolie expression de M. Esmein, op. cit. p. 525.

d'indépendance vis-à-vis du pouvoir central ; au sommet, le Conseil du Roi, c'est-à-dire le roi en son Conseil, le roi « de qui émanait toute justice ».

Mais cette construction harmonieuse allait bientôt s'effriter. Les événements politiques allaient contraindre la Monarchie à ne plus se contenter de tribunaux dont l'indépendance à son égard — surtout si l'on considère le rôle politique qu'ils jouaient en particulier par l'enregistrement des ordonnances — risquait d'entraver son action et de compromettre son prestige. Sans doute l'évocation directe, par-dessus les autres tribunaux, devant son Conseil permettait au roi de trancher lui-même les affaires les plus importantes, celles où ce que l'on appelait alors la raison d'État était engagée, — sans doute la pratique des jugements par commissaires lui permettait de donner à certains procès l'issue qui lui paraissait favorable ; mais ces moyens étaient trop exceptionnels ou trop restreints pour suffire, si par hasard éclatait une crise politique grave, à assurer l'application à la justice de la volonté royale.

Or, à l'occasion des guerres de religion, la crise éclata, crise violente d'anarchie, compliquée par la vacance du trône, au cours de laquelle risquait de sombrer le pouvoir royal au moment même où, avec François I^{er} et ses successeurs, il venait de renforcer sa situation en France ; les provinces récemment rattachées au royaume sentaient se réveiller en elles leurs instincts d'indépendance, et, à leur tête, les Parlements et Cours Souveraines, forts de leur propre indépendance et du prestige qu'ils tiraient de leurs fonctions, pris entre les hommes de la Ligue et ceux du Navarrais, cherchèrent à tourner l'aventure à leur plus grand profit, quand ils ne se mirent pas eux-

mêmes à la tête de la révolte, comme le Parlement d'Aix.

Henri IV, arrivant au pouvoir, pouvait donc constater le triste résultat auquel avait conduit la large indépendance accordée aux juges. Leurs manquements vis-à-vis du pouvoir royal se manifestaient soit par leur insuffisance à calmer l'émeute, soit — et cela était plus redoutable encore — par leur zèle à l'attiser. Et de cette constatation faite à cette époque, le pouvoir judiciaire, en France, devait toujours se ressentir. Que les Parlements, les Chambres des Comptes, les Cours des Aides et les autres tribunaux mutilent, dans l'application de ses édits tant privés que publics, la volonté du roi, comment celle-ci, *seule légitime*, pourra-t-elle se manifester si le roi est sans action directe sur ses magistrats ? Telle est la question capitale, il faut le reconnaître, que posaient avec force les troubles de la fin du seizième siècle. C'est, en définitive, de leur application aux particuliers que les actes des gouvernants tirent leur sens, que cette application soit systématiquement mauvaise et le roi verra l'administration de son pays échapper de ses mains. — Objecter que les recours en cassation portés devant le roi et son Conseil lui permettent de régulariser l'exercice de la justice et de lui donner l'orientation voulue, c'est admettre le loyalisme des Parlementaires dont Henri IV avait précisément les plus sérieuses raisons de douter, ou bien, c'est supposer que le Conseil ne se contentera pas de donner des exemples qu'il est facile aux tribunaux indépendants de ne pas suivre, mais revisera tous les procès, ce qui est manifestement impossible.

— La fin du xvi^e siècle mettait donc en pleine lumière la nécessité de modifier l'organisation judi-

ciaire. Deux systèmes de remaniement étaient possibles : renvoyer les juges en leur remboursant leurs offices et rétablir les tribunaux sur un plan nouveau, ou bien mettre à côté d'eux une autre juridiction, autrement composée, c'est-à-dire placée sous la dépendance du roi. A vrai dire la première solution, qui eut sans doute été la meilleure, puisqu'elle aurait vraisemblablement sauvegardé l'unité de juridiction, Henri IV ne pouvait songer à l'employer à cause de l'insuffisance du trésor public. Le roi adopta donc le second système (1) en envoyant dans les provinces des hommes munis de pleins pouvoirs dans l'ordre administratif comme dans l'ordre de la justice : les *Commissaires aux Armées*. Mis auprès des commandants de troupes et des gouverneurs de province, ils devaient s'assurer de leur loyalisme, — placés auprès des Parlements, ils devaient veiller à ce que ceux-ci non seulement ne fomentent point de troubles, mais encore à ce qu'ils exercent la justice conformément aux desseins royaux. Pour cela, le roi leur reconnut d'abord le droit de siéger dans les Parlements avec le titre de « Présidents à mortier », de présider les juridictions inférieures, enfin et surtout de connaître exclusivement du contentieux de certains édits appelés « de pacification », parce qu'ils étaient destinés à ramener la paix dans le royaume.

La juridiction administrative, au sens moderne du terme, était née avec cette institution. Sans doute les premiers commissaires confondaient encore dans leurs fonctions la juridiction administrative et la juridiction judiciaire par leur droit de siéger dans certains

(1) V. Gabriel Hanotaux. « L'origine des Intendants de Provinces ».

tribunaux ou même de les présider ; mais, au cours du siècle suivant, lorsque les commissaires se furent changés en Intendants de Province, quand les troubles qui justifiaient leurs attributions judiciaires furent calmés, quand ils n'eurent plus besoin de représenter pleinement dans les provinces le roi en qui se confondent tous les pouvoirs, quand, enfin, dans la paix publique revenue, leur institution dut perdre son caractère exceptionnel et voir se régulariser ses attributions, ils délaissèrent leur siège aux Parlements, la présidence des sénéchaussées et des présidiaux, pour étendre, presque exclusivement, leur compétence à tout ce qui touchait à l'administration proprement dite.

Chambre des Comptes, Cours des Aides, Greniers à Sel, virent peu à peu se restreindre leurs attributions au profit de celles des Intendants qui relevaient directement du Conseil du Roi et, en particulier, d'une section de celui-ci : le Conseil des Dépêches, et qui étaient à la merci d'une décision royale.

Voilà donc l'importante évolution qui s'est accomplie entre le règne de Henri II et l'époque de Louis XIV. Jusqu'au dernier quart du xvi^e siècle, tout le contentieux relevait de juges indépendants du roi ; à partir de Richelieu qui, s'il ne créa pas les Intendants, en régularisa du moins les fonctions, il y eut, dans chaque province, un autre juge, soumis au bon plaisir royal, qui, peu à peu, trancha tous les litiges auxquels les autres tribunaux auraient pu donner une solution contraire à celle que voulait le roi (1).

(1) Il faut remarquer toutefois que la compétence juridictionnelle de l'Intendant était en droit, d'exception, car il ne statuait que dans les limites fixées par ses lettres de nomination, ou bien lorsqu'un arrêt du Conseil lui donnait compétence spéciale pour une espèce.

— Nous n'avons pas à entrer ici dans le détail des attributions juridictionnelles des Intendants, ni à montrer comment ils ont, peu à peu, évincé et remplacé les tribunaux chargés avant eu de connaître plus spécialement des litiges administratifs ; — nous voulions simplement mettre en lumière les raisons politiques qui ont amené leur institution et, en particulier, leur compétence juridictionnelle.

— Il nous reste maintenant à nous expliquer sur deux termes quelquefois employés au cours des développements précédents : ceux de « juridiction administrative » et de « juridiction judiciaire ».

Quand on les entend prononcer pour la première fois, on est tenté de les définir bien simplement : juridiction administrative, c'est celle, pense-t-on, qui est compétente chaque fois que, dans un procès, l'administration se trouve en cause, et, si l'on réfléchit un peu, on arrive à penser que par administration, il faut entendre représentant de l'intérêt général. Par contre, la juridiction judiciaire est celle qui connaît des litiges où seuls deux particuliers sont rivaux : un individu prétend-il qu'on lui réclame trop d'impôts et plaide-t-il à ce sujet, voilà un procès de compétence administrative. Au contraire, a-t-il une discussion avec son voisin, simple particulier comme lui, voilà tout naturellement un litige qui se rangera parmi ceux qui relèvent de la compétence judiciaire.

Ces définitions, bien que fort simples et fort larges, sont les plus rationnelles. Elles étaient, d'ailleurs, fort suffisantes non seulement au temps où la *Curia Regis* était le seul tribunal à compétence générale, mais

encore jusqu'au jour où est née l'institution des Intendants ou, ce qui revient au même, des Commissaires aux Armées. Jusque-là, en effet, il n'y avait pas, en principe, d'autre différence entre les tribunaux administratifs (Cour des Aides, Chambre des Comptes) et les tribunaux judiciaires (Parlements, etc., etc...), que celle-ci : les uns statuaient quand l'administration était en cause, les autres quand il ne s'agissait que d'un débat entre particuliers. La différence d'attributions ne provenait que de la nécessité de diviser le travail devenu trop considérable pour être accompli par un seul corps. Tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires étaient alors aussi indépendants, vis-à-vis du roi, les uns que les autres dans leur constitution, et, dans leur hiérarchie, ils lui étaient soumis dans la même mesure : celle des recours devant son Conseil. — Mais l'avènement des Commissaires aux armées modifia la signification des mots « administratif » et « judiciaire », à cause de la différence de nature qui existait entre ce nouvel administrateur-juge, tenant sa place de la faveur royale et pouvant la perdre le jour où il cesserait de plaire, et les anciens magistrats propriétaires de leurs offices. Une raison, autre que celles de la division du travail ou de la spécialisation des connaissances, s'imposa alors dans la répartition des compétences, et ce fut une raison politique. L'Intendant jugerait comme le roi le voulait ; des autres tribunaux, des Cours des Aides et Chambres des Comptes, aussi bien que des Parlements, le roi ignorait quelles seraient les sentences, il pouvait même, raisonnablement, redouter leur esprit.

Et alors, nous voyons apparaître la nécessité de définir autrement la compétence administrative : elle n'est plus celle de tribunaux spécialisés dans la con-

naissance de litiges où l'administration est en jeu ; mais celle de l'administrateur, dépendant et amovible, pourvu de pouvoirs juridictionnels.

D'ailleurs, à ce caractère nouveau et tout particulièrement important de la compétence administrative, sont venus s'ajouter, en le masquant en quelque sorte, ses caractères anciens, car, l'Intendant, au cours du XVIII^e siècle, étend surtout sa compétence à la connaissance de litiges jusqu'alors confiés aux anciens tribunaux administratifs et néglige, de plus en plus, de se préoccuper des procès soumis aux tribunaux judiciaires. Voilà pourquoi il semble encore, à qui regarde superficiellement les choses, qu'à la veille de la Révolution, seuls des soucis juridiques ou pratiques interviennent dans la discrimination des deux contentieux, alors que le contentieux administratif est, en grande partie, déterminé par des considérations politiques.

Les juridictions administratives, qui pouvaient être considérées, à l'origine, comme des tribunaux à compétence spéciale, mais de même nature que les juridictions judiciaires, ont perdu, avec les Intendants, la possibilité de leur être assimilées. Elles sont de nature toute différente par leur constitution et par leur but qui n'est plus de dire le droit tel que peut le concevoir un magistrat dans le silence de son cabinet, mais tel que le voit un administrateur, représentant direct du roi, et qui juge en tenant compte de tout l'ensemble de circonstances politiques au milieu desquelles est rendue la sentence et, tout particulièrement, de la volonté royale.

Voilà, en effet, ce qu'est devenue la juridiction administrative (1) au cours des deux derniers siècles

(1) Si, comme tribunal administratif, au sens moderne du terme, nous ne mentionnons, sous l'Ancien Régime, que les Intendants,

de notre monarchie. Cette évolution était toute naturelle et parfaitement défendable en un régime où le roi avait tous les pouvoirs, où, par suite, la justice n'était qu'une face de la politique. Nous verrons, d'ailleurs, que la Révolution, malgré les principes nouveaux posés par elle, a conservé, sur ce point, à peu près intacte, l'œuvre qu'elle a recueillie de la Monarchie.

sans parler du Conseil du Roi, c'est que celui-ci n'a pas une nature bien définie. A proprement parler, le Conseil du Roi n'est en effet que le roi en son Conseil, c'est dire qu'il est le point d'aboutissement commun de la hiérarchie administrative et de la hiérarchie judiciaire.

CHAPITRE II

LA RÉVOLUTION ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

L'organisation juridictionnelle de la monarchie comprenait donc, lorsqu'éclata la grande tourmente révolutionnaire : *a*) une série hiérarchisée de tribunaux judiciaires allant du Conseil du Roi (Conseil des Parties, en principe) aux bailliages et sénéchaussées, en passant par les Parlements à qui était officiellement attribué le titre de « juridiction principale et universelle » (1) ; *b*) une série de tribunaux administratifs d'ancienne formation tels que les Chambres des Comptes, des Aides, etc..., qui n'étaient plus que des survivances sans attributions importantes, d'un temps déjà passé ; *c*) enfin les véritables tribunaux administratifs : les Intendants, et, dans une certaine mesure, le Conseil du Roi (Conseil des Dépêches).

A l'issue de la période révolutionnaire, nous retrouverons encore cette double chaîne de juridictions : juridiction judiciaire, définitivement organisée par la loi du 27 ventôse an VIII, juridiction adminis-

(1) Éd. de mai 1788 portant suppression des greniers à sel. Élections etc. Voir Isambert, t. cm. 25, page 550.

trative comprenant comme organes essentiels le Conseil d'Etat (5 nivôse an VIII), et les Conseils de Préfecture établis par la loi du 28 pluviôse an VIII.

Tels sont les faits. Un rapide examen de leur genèse va nous permettre de leur attribuer leur signification véritable et de connaître la situation que la Révolution a faite, et l'état d'esprit qu'elle a donné à la juridiction administrative.

§ I. — PÉRIODE DE L'ASSEMBLÉE CONSTITUANTE

Les Etats Généraux, réunis le 5 mai 1789, à Versailles, prennent, le 17 juin, le nom « d'Assemblée Nationale Constituante » ; et, justifiant le titre qu'ils viennent de se donner, votent, le 26 août, les principes dominants de la Constitution qu'ils préparent, réunis dans la fameuse « Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ». Imbus des théories constitutionnelles, définitivement mises au point, après Locke (1), par Montesquieu, les Constituants déclarent, dans l'article 16, que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la *séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». C'est ainsi qu'est entré dans nos lois le fameux principe de la séparation des pouvoirs.

— Quelle était la véritable signification que les Constituants donnaient à ce principe ? — A la vérité,

(1) « Essay on civil government ». Locke divise ainsi les pouvoirs : pouvoir législatif, pouvoir exécutif, pouvoir fédératif (droit de faire la paix ou la guerre et de conclure les traités). Quant au pouvoir judiciaire il le fait dépendre du pouvoir législatif. V. à ce sujet : Esmein « Droit Constitutionnel ». — 6^e éd. revue par J. Barthélemy, p. 454-455.

il est assez mal aisé de répondre à cette question avec certitude, car, dans les discussions relatives, en particulier, à l'existence de deux ou de trois pouvoirs, on ne trouve pas de déclarations de principe fermes et, si on cherche à découvrir la pensée des Constituants d'après les textes qu'ils ont votés, on est un peu étonné de les voir affirmer, dans les Constitutions, l'existence de trois pouvoirs et la nécessité de les tenir séparés, et, dans les lois, de les trouver gravement confondus (1).

Il semble que leur état d'esprit, vis-à-vis du principe de la séparation, se trouve à peu près exactement reflété dans les « notes et plans sur l'établissement du pouvoir judiciaire (2), lus par l'un d'entre eux, Duport, à la séance du 29 mars 1790. Voici, en effet, un premier passage de ce rapport : « Il existe un pouvoir constitué qui fait les lois, un autre qui les explique aux individus, un autre, enfin, qui les fait exécuter. » Nous voilà en présence, n'est-ce pas ? de la classique distinction des trois pouvoirs : législatif, judiciaire, exécutif, et voici un second passage du même rapport : « Il faut distinguer, dans une société, deux sortes de lois, des lois politiques et des lois civiles. Les premières embrassent les relations des

(1) Sans entrer dans les discussions soulevées par cette question, il semble bien que Montesquieu, dont l'influence sur les Constituantes, paraît tout à fait considérable, admet l'existence de trois pouvoirs : « Celui de faire les lois, — Celui d'exécuter les résolutions publiques — et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers » (*Esprit des lois*, liv. XI, chap. 6.). Il déclare même que « tout serait perdu » si une confusion quelconque des pouvoirs se produisait au profit d'un même homme ou « d'un même corps des principaux des nobles ou du peuple ». V. Ducrocq « *Cours de droit administratif*, 7^e éd. T. I n^o 36 et Jacquelin « *Les principes dominants du contentieux administratif*, p. 14.

(2) Rapportés dans : Mavidal et Laurent : « *Archives Parlementaires* », t. 9, p. 450.

individus avec la société ou celles des diverses institutions politiques entre elles, les secondes déterminent les relations particulières d'individu à individu. C'est pour appliquer ces dernières lois que les juges sont uniquement et spécialement institués. A l'égard des lois politiques, jamais l'exécution ne peut en être confiée à des juges sans que la liberté publique ou particulière soit en péril ».

N'y a-t-il pas, entre ces deux passages d'un même discours, une sorte de contradiction, ou tout au moins leur rapprochement ne fait-il pas ressortir une hésitation, une gêne à appliquer strictement le principe de la séparation des pouvoirs? Qu'est-ce que ce pouvoir chargé « d'appliquer les lois aux individus » qui ne pourra pas connaître de l'application d'une certaine catégorie de lois dites politiques et non définies? Pourquoi, une fois reconnue l'existence d'un pouvoir judiciaire, en restreindre la compétence « uniquement » à la connaissance d'une certaine sorte de procès? N'est-ce pas en même temps proclamer l'existence de trois pouvoirs distincts, la nécessité de les tenir séparés (V. Déclaration des Droits), et les confondre en retirant au pouvoir judiciaire une part notable de ses attributions naturelles? On aurait, nous semble-t-il, mauvaise grâce à ne pas le reconnaître, et à ne pas estimer que le sens donné au principe de la séparation des pouvoirs, dans l'interprétation qu'en fournissent les Constituants, est précisément le contraire de celui, qu'à première vue, on serait tenté de lui donner.

Et pourtant, cette interprétation des Constituants, fixée définitivement par la loi du 7 septembre 1790, a été arrêtée en connaissance de cause, grâce à une proposition soutenue par le député Chabroud, le

30 mars 1790 (lendemain du jour où Duport avait déposé ses « notes et plans »). Chabroud s'élève contre l'opinion générale des Constituants, suivant laquelle les tribunaux ordinaires, s'ils avaient compétence administrative, ne feraient que retarder la marche de l'administration. Le député du Dauphiné répond, victorieusement nous semble-t-il à cette allégation, que les juges seront « assujettis à se conformer aux décisions d'ordonnance générale » et qu'on aura, pour les rappeler à leur devoir, les « mêmes moyens qui les forceront à se conformer aux lois ». Quoiqu'il en soit, les Constituants ne se rendirent pas aux raisons de Chabroud et, après avoir entendu une proposition Thouret, qui eut abouti, selon l'expression de l'un d'entre eux, à « couvrir la France de juges », ils adoptèrent, presque sans modification, le projet de Pezons, député du Tarn, dont le plan « supérieur et simple », au dire de son auteur, aboutissait, en somme, nous verrons comment, à rétablir, sur le ressort d'un département, et au profit d'une assemblée : le Directoire départemental, les attributions de l'Intendant dans sa Généralité, sous l'Ancien Régime.

Ainsi, après avoir solennellement posé le principe de la séparation des pouvoirs, on le violait manifestement, et la juridiction administrative sortait triomphante de cette épreuve où elle avait risqué son existence.

Nous avons indiqué, dans le précédent chapitre, les raisons d'ordre politique qui avaient conduit notre royauté à instituer la véritable juridiction administrative des Intendants.

Nous devons nous expliquer ici sur le but poursuivi par les Constituants en maintenant cette juridiction. Il semble qu'ils ont été guidés par la crainte de l'esprit parlementaire. Ils avaient été les témoins des luttes fameuses qui illustrèrent, au XVIII^e siècle, les rapports du Roi et des Parlements; mais ils sentaient que si les parlementaires avaient contribué, par leur désobéissance, à diminuer l'autorité royale, ils ne partageaient pas pour cela leurs idées constitutionnelles, et que, par suite, leur action pourrait se retourner contre eux (1). N'est-ce pas en effet aux Parlements que les Constituants s'attaquèrent tout d'abord en votant dès le 3 novembre 1789, sur la proposition de Lameth, la mise en vacances indéfinies de ce pouvoir rival de l'administration et « incompatible avec la Constitution (2) » ? Et Thouret ne traduisait-il pas la méfiance générale à l'égard des magistrats, lorsqu'il disait le 24 mars 1790: « Si la Nation doit s'honorer de la vertu de quelques magistrats bons patriotes, une foule de faits malheureusement incontestables annoncent que le plus grand nombre hésitent encore à se montrer bons citoyens et, qu'en général, l'esprit des Grandes Compagnies est hostile à la régénération » ? Or, Thouret était président du Comité d'organisation judiciaire. Il ne se laissa pas convaincre par l'éloquence de Chabroud, qui cependant « avait théoriquement raison », comme le reconnaît Dareste (3), et l'assemblée continua avec lui à « consi-

(1) V. à ce sujet Aulard « Histoire de la Révolution Française » pages 15 et 17.

(2) V. le discours d'Alexandre de Lameth, séance du 3 novembre 1789, rapporté au Moniteur du 3-5 novembre 1789.

(3) V. Dareste « la Justice administrative en France » 2^e éd. 1898, page 155.

dérer l'ordre judiciaire comme un ennemi. Elle ne chercha plus qu'à l'abattre sous prétexte de le réorganiser ».

Mais, une fois admise cette proposition qu'il est dangereux de confier à des magistrats indépendants, l'exercice de toute la justice, se pose la question de savoir quelle portion de compétence leur sera retirée. Si, sous l'Ancien Régime où la confusion des pouvoirs était un principe fondamental, il était facile au Roi, du moins en théorie, d'attribuer, par un simple arrêt de son Conseil, compétence à tel ou tel juge, il n'en allait plus de même à partir du moment où l'excellence du gouvernement ne dépendait plus de l'arbitraire d'un seul homme, mais d'un harmonieux équilibre des institutions. Il importe donc d'examiner quelles sont les matières juridictionnelles que les Constituants estimaient trop importantes pour les confier à un pouvoir indépendant.

Quand on lit les discours et les déclarations des Constituants, on est frappé de voir combien sont imprécis les termes dans lesquels ils exposent leurs raisons d'instituer les tribunaux administratifs. Ils affirment plus qu'ils n'expliquent, à tel point qu'on dirait que leur opinion provient plutôt de l'habitude qu'ils ont de voir le contentieux divisé en deux branches, et d'une sorte de crainte instinctive du pouvoir judiciaire, que d'un raisonnement logique. Voici par exemple comment s'exprime Thouret à la séance du 22 décembre 1789 (1) : « Telle est la complication des affaires d'un grand royaume, telle est leur immense variété, que les juges de paix, les tribunaux de districts, les tribunaux de département, et les Cours

(1) V. Mavidal et Laurent « Archives Parlementaires » T. x, p. 718.

supérieures, ne pourraient, sans graves inconvénients, juger certaines discussions *d'une nature particulière* ». Le 27 mai 1790, Desmeuniers déclare : « Je regarderais comme un malheur que les tribunaux ordinaires s'ingérassent dans toutes les affaires ». Cette imprécision est passée dans les textes des lois votées alors et qui, aujourd'hui encore, dominent notre Contentieux administratif. C'est elle qui rend si incertaine la délimitation de la compétence administrative et de la compétence judiciaire et qui donne, par suite, son véritable caractère à notre juridiction administrative. Voilà pourquoi il nous paraît nécessaire de la mettre en lumière en citant quelques-uns des principaux articles votés alors : « Elles (les administrations de départements ou de districts) ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire » (décret du 22 décembre 1789, sect. III, art. 7). « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux des administrateurs pour raisons de leurs fonctions » (loi du 16 août 1790, art. 13).

« Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans le pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs pour raisons de leurs fonctions. » Const. du 3 sept. 1791, titre III, ch. V, art. 3).

« Administration » — « fonctions administratives » — ne voilà-t-il pas des mots sous lesquels peuvent se cacher les sens les plus divers ?

Ce qu'il importe de retenir, pour le moment, c'est que les Constituants éprouvèrent le besoin, plus qu'ils ne le justifèrent, d'établir des tribunaux administratifs, mais qu'ils ne surent pas leur donner une compétence nettement déterminée. Et cela aboutit à rendre la juridiction administrative nouvelle exactement semblable à la juridiction des Intendants, à lui laisser assez de souplesse pour en faire en même temps qu'un organe de juridiction un organe de gouvernement. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle arrive l'auteur d'une thèse sur le contentieux administratif, favorable au reste à l'interprétation donnée par les Constituants du principe de la séparation des pouvoirs : « Il y eut, écrit M. Bouchard, un Contentieux administratif *par raison d'Etat*, comme il y avait dans l'Ancien Régime organisation de tribunaux spéciaux et privilégiés pour juger les procès de l'administration (1). »

Cette assimilation de la juridiction administrative née de la Constituante à la juridiction des Intendants est d'autant plus justifiable que, comme nous l'avons déjà dit, la loi du 7 septembre 1790 qui l'organise, la constitue sur un plan absolument identique à celui sur lequel l'Ancien Régime l'avait édifiée. Pezons, auteur du projet adopté, dans la crainte de voir « la France couverte de juges », considérant que les administrations locales et régionales étaient constituées par des assemblées élues (les Directoires) et que l'élection assurait l'indépendance avait eu, en effet, l'idée de leur confier le Contentieux de leur propre administration. La juridiction administrative

(1) Bouchard. « Des limites du Contentieux administratif » Thèse Paris 1905, page 50.

supérieure, conformément à la logique du projet, était formée par le Conseil des ministres réuni sous le nom de Conseil d'Etat (1).

Il ne nous paraît pas utile d'étudier ici en détail les attributions contentieuses données aux Directoires par la loi du 3 septembre 1790. Nous tenions simplement à mettre en lumière ce fait que la juridiction administrative qui, sous la Monarchie, était en somme un moyen de gouvernement, *n'a pas perdu ce caractère avec la Constituante*; qu'après elle, comme avant, la répartition des compétences entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative ne découle pas, quoi qu'on en ait dit, d'un principe juridique qui permettrait de reconnaître une différence de nature entre deux catégories de procès, et d'en attribuer la connaissance à l'un ou l'autre tribunal, mais de considérations politiques.

§ 2. — PÉRIODE DE LA CONVENTION ET DU DIRECTOIRE

Sous la Convention, il est presque superflu de parler de juridiction judiciaire ou de juridiction administrative. Les règles de compétence n'embarrassaient pas l'omnipotente assemblée qui, par elle-même (le pouvoir exécutif étant recruté en son sein), ou par ses Représentants en mission, gouvernait, en pratiquant plus que ne l'avaient jamais fait les Rois, la confusion des pouvoirs.

Une chose cependant est à retenir, c'est que la

(1) Les corps administratifs qui avaient été créés par la loi du 22 décembre 1789 étaient formés dans le département de 36 membres élus à deux degrés, qui choisissaient 8 d'entre eux pour constituer le Directoire.

Dans le district, le Directoire se composait de 4 membres élus suivant le même procédé.

Convention a formulé, dans les termes les plus exprès, l'interdiction pour les tribunaux judiciaires de se mêler de connaître les actes administratifs : « ... Défenses itératives sont faites, déclare-t-elle par le décret du 16 fructidor an III (2 septembre 1795), de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient ».

Le Directoire entra en fonction le 5 brumaire an IV (27 octobre 1795). Avec lui fut maintenue la juridiction administrative à peu près telle qu'elle était depuis la Constituante. En haut le Directoire et les ministres, en bas les Assemblées départementales et les municipalités de cantons qui remplaçaient les Directoires de districts supprimés. Il faut noter sous le Directoire un effort en vue de définir ce que l'on doit entendre par un acte d'administration. Un arrêté du 2 germinal an V définit ainsi les opérations administratives au sens de la loi de 1790, toutes celles « qui s'exécutent par les ordres du gouvernement, par ses agents, immédiatement sous sa surveillance et avec des fonds fournis par le Trésor public ».

Avec le Consulat, et l'an VIII, apparaît l'aspect contemporain de la juridiction administrative ; mais, si la forme change, la nature de l'institution ne se modifie pas, et elle conserve son caractère de moyen de gouvernement.

§ 3. — PÉRIODE DU CONSULAT ET DE L'EMPIRE

Le Consulat a été établi par la Constitution du 22 frimaire an VIII. L'article 52 de cette Constitution est ainsi rédigé : « Sous la direction des Consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique et de

résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ».

Deux choses sont à remarquer dans ce texte : d'abord le fait que le Conseil d'Etat ainsi créé est sous la « direction » du gouvernement, ce qui démontre à l'évidence son esprit gouvernemental ; — ensuite l'absence complète de définition du Contentieux administratif. Et cela laisse une grande latitude à l'exécutif pour faire juger par son tribunal tels procès qu'il lui plaît ; d'autant plus que, quinze jours après la publication de la Constitution, un arrêté du 5 nivôse attribuait le jugement des conflits aux Consuls en Conseil d'Etat et donnait compétence au Conseil « sur les affaires dont la décision était précédemment remise aux ministres ». Or, nous avons vu avec quelle largeur le Directoire avait fixé, dans son arrêté du 2 germinal an V, l'interprétation du principe de l'incapacité des juges ordinaires en matière de Contentieux administratif.

Le décret du 11 juin 1806 ne modifie en rien ces caractères de la juridiction administrative. Il remanie simplement l'organisation du Conseil d'Etat en lui laissant expressément (art. 13 et 14, il connaîtra en outre...) la connaissance des matières contentieuses considérées jusque-là comme étant de son ressort ; précise sa compétence sur certains points, dont les plus importants sont ceux relatifs aux marchés de fournitures (art. 14, § 2).

Quant aux Conseils de Préfecture établis par la loi du 28 pluviôse an VIII, leur contentieux était bien évidemment dominé par les mêmes principes — ou plutôt par la même absence de principe juridique — qui dominaient celui du Conseil d'Etat. Leur organisation mettait également en lumière leur subordina-

tion à l'administration ; nommés par l'Empereur, ils étaient présidés, même au Contentieux, par le Préfet représentant direct du pouvoir central.

A la fin de la Révolution on en était donc, en ce qui concerne l'organisation juridictionnelle, au même point qu'en 1789. L'arbitraire n'était pas chassé de la justice. Sous le nom de séparation des pouvoirs on confondait encore juger et administrer. Aucun principe juridique ne dominait l'artificielle répartition des compétences entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs. Et l'on est en droit de se demander ce qu'aurait pensé Montesquieu de cette organisation de la justice, lui dont l'esprit avait tellement dominé la Révolution à son début et qui a écrit qu'on ne saurait plus mal placer le judiciaire qu'entre les mains de l'exécutif (V. « Esprit des Lois », Livre II, chap. XI).

CHAPITRE III

LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE DEPUIS LE XIX^e SIÈCLE

Ce qui caractérise l'évolution accomplie au cours du XIX^e siècle en ce qui concerne l'organisation de la juridiction administrative, c'est qu'elle a eu pour but de lui donner l'allure d'une véritable justice.

Emus par la grandeur de l'œuvre de la Révolution, les hommes du siècle dernier ont admis, comme des dogmes, les principes posés par elle et l'interprétation qu'elle en a donnée. Ils ne concevaient pour ainsi dire pas — à quelques exceptions près — qu'on pût les discuter. Cela ressort fort nettement des discours parlementaires du temps ; par exemple, au cours de la discussion qui a précédé le vote de la loi du 21 juin 1865 sur les conseils de Préfecture, Roulleau-Dugage, rapporteur, répondant à un député, Bethmont, qui avait énergiquement demandé la suppression de la juridiction administrative, s'écriait : « Si l'institution des Conseils de Préfecture pouvait être sérieusement contestée... mais il n'en est pas ainsi », et pourtant l'apologie qu'il fait de ces tribunaux n'est guère convaincante (1).

(1) V. Duvergier. Lois et décrets. Tome 65, p. 249 et seq.

L'existence même de la jurisprudence administrative ne fut jamais menacée sérieusement au cours du siècle dernier, mais on s'efforça d'améliorer son fonctionnement.

Pour cela, on s'attaqua tout d'abord à l'arme la plus redoutable de l'administration : au droit d'élever le conflit. Malgré les lois révolutionnaires et impériales qui s'étaient efforcées de régler la procédure du conflit positif d'attribution, la pratique était demeurée aussi défectueuse que possible au point de vue de la protection des intérêts privés.

La procédure du conflit positif d'attribution a pour but de faire reconnaître par une autorité compétente que tel procès relève de la juridiction judiciaire ou de la juridiction administrative. Or l'autorité compétente était, et resta longtemps le chef du pouvoir exécutif. Si, avec cela, on songe que l'arme du conflit ne se trouve placée qu'entre les mains de la juridiction administrative, on voit que les conditions de son fonctionnement sont loin d'échapper à tous reproches.

Il faut d'ailleurs remarquer que le conflit, même lorsqu'il reçoit la solution la plus conforme aux principes juridiques en vigueur, constitue une procédure dangereuse pour la bonne administration de la justice, puisque son premier effet est de suspendre le cours du procès devant le tribunal judiciaire. Il importe donc — et c'est une garantie élémentaire — que les cas où le conflit pourra être élevé, que la personne par qui il pourra l'être soient indiqués avec précision par la loi.

C'est le but qu'a visé l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 qui donne au préfet exclusivement le droit d'élever le conflit. Elle interdit l'emploi de cette procédure devant les tribunaux ne possédant pas un ministère

public, ainsi que devant les Cours d'Appels et la Cour de Cassation. En dehors des cas où par des textes tout spéciaux (Floréal an X) le Conseil de Préfecture a reçu compétence répressive, ou de ceux que domine une question préjudicielle de compétence administrative, l'ordonnance de 1828 interdit l'élévation du conflit devant les tribunaux correctionnels; enfin elle rend impossible, dans tous les cas, l'emploi de cette procédure devant la Cour d'assise.

Après avoir réglementé le conflit, on s'est efforcé de perfectionner le fonctionnement des tribunaux administratifs. Tout d'abord, devant les attaques qu'il a subies vers 1830 et qui sont en partie résumées dans un article publié dans la *Revue Française* de 1828 par de Broglie, on a cherché à rendre publiques les audiences du Conseil d'Etat, à l'instar de celles des tribunaux judiciaires. C'est l'objet des ordonnances du 2 février et du 12 mars 1831. La seconde restreint un peu la portée de la première. C'est ainsi qu'elle refuse la publicité aux débats portant sur des autorisations de poursuite contre fonctionnaires; mais, par contre, elle établit auprès du Conseil d'Etat des Commissaires du Gouvernement qui, malgré les différences profondes, rappellent les membres du ministère public placés auprès des tribunaux judiciaires.

Le Conseil de Préfecture vit aussi son existence définitivement confirmée par les modifications qu'il a reçues : la loi du 21 juin 1865 éloigne, en effet, si ce n'est en droit, du moins en fait, le Préfet de la présidence du Conseil au Contentieux, grâce à l'institution d'un vice-président du Conseil de Préfecture; — la loi du 22 juillet 1889 est venue réglementer la procédure à suivre devant les Conseils en s'inspirant fortement du code de procédure civile; — enfin, en 1902,

les audiences de notre tribunal administratif départemental ont été ouvertes au public.

Enfin, au-dessus de la juridiction administrative et pour lui donner tous les caractères d'une institution indépendante, les lois de 1849 et de 1872 ont établi un tribunal des Conflits destiné à trancher, en dernier ressort, les difficultés relatives à la répartition des compétences entre nos deux ordres de tribunaux. Ce tribunal des conflits est composé de trois conseillers à la Cour de cassation et de trois Conseillers d'Etat présidés par le ministre de la Justice.

Ainsi, en apparence tout au moins, ce n'est plus l'administration elle-même, par l'intermédiaire de son chef, qui attribue compétence quand il lui plaît à ses propres tribunaux, c'est un Conseil où s'équilibrent harmonieusement les deux influences administrative et judiciaire, présidé sans doute par un ministre, mais n'a-t-on pas dit que le ministre de la Justice était, au moins, aussi « judiciaire » qu'« administratif » ?

Ces modifications diverses ont-elles changé, en même temps que la forme, l'esprit de l'institution ? Une fois admise, l'existence de la juridiction administrative, a-t-on réussi à faire de celle-ci plutôt un tribunal rendant la justice qu'un auxiliaire du gouvernement aux moments difficiles, comme elle l'avait été jusqu'en 1815 ?

Un coup d'œil anticipé sur la jurisprudence du Tribunal des Conflits va nous renseigner et nous fournir en même temps la conclusion de cette rapide étude historique.

Prenons, par exemple, l'arrêt du tribunal du 22 décembre 1880. Voici les faits : Un préfet est poursuivi, pour crime de violation de domicile, par un représentant d'une congrégation religieuse qu'il avait

expulsée en vertu du décret du 29 mars 1880. — L'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 déclare : « Le conflit ne sera *jamais* élevé en matière criminelle ». Le préfet poursuivi élève le conflit et le tribunal des Conflits, saisi, le valide.

Il s'agissait là d'un litige mettant en jeu d'importantes questions politiques. Les décrets sur les congrégations heurtaient vivement les sentiments religieux de la population, et le gouvernement avait grand intérêt à réserver à un tribunal ami la connaissance des difficultés qu'entraînait leur application. Le tribunal des Conflits, persuadé, nous n'en doutons pas, de faire œuvre louable, mais voyant par les mêmes yeux que le Gouvernement, réussit à éluder l'application d'un texte dont les termes généraux ne devaient pas permettre, au dire même de son auteur (1), la moindre exception. Il serait facile, mais aussi superflu, de citer ici d'autres exemples de pareils jugements (2).

Sans doute, on peut en citer aussi un plus grand nombre où l'on voit l'administration traitée exactement par les tribunaux administratifs comme un simple particulier et même où on la voit perdre son procès. Contributions, Travaux publics sont en particulier des matières où l'État ne rencontre que peu de faveur auprès de ces tribunaux. Cette constatation ne saurait, en elle-même, suffire à démontrer l'indépendance de la juridiction administrative ; il est bien évident en effet que pour les petites affaires, qui ne touchent en rien aux grands problèmes politiques d'actualité, l'intérêt bien compris de l'administration est que la

(1) De Cormenin. V. Duvergier : Lois et décrets t. 28.

(2) V. en particulier, sur une question de propriété, le jugement des conflits rendu sous la présidence de M. Briand, abbé Brunet, 29 février 1908.

justice soit scrupuleusement rendue. — Mais, dès qu'il s'agit de litiges entraînés par des questions sur lesquelles s'échauffent les passions politiques, et où l'administration a déjà pris position (par exemple les questions religieuses de 1880 à 1914), la juridiction administrative, qui, par sa composition et son existence même, épouse les vues gouvernementales, vient, en toute bonne foi, lui prêter un précieux appui.

Ainsi donc, malgré les évolutions et les révolutions, on peut encore rapprocher notre juridiction administrative actuelle de celle dont, sous la monarchie, les Intendants constituaient le rouage essentiel.

Comme elle, elle juge le plus souvent en s'inspirant de pures considérations juridiques; mais, comme elle aussi, elle apparaît parfois comme un organe de gouvernement. Son origine d'ailleurs et son existence le prouvent car, si tel n'était pas son rôle, elle se confondrait avec la juridiction judiciaire.

C'est cet état de choses qui rend si difficile la lecture de la jurisprudence administrative, et surtout qui rend si délicat le problème de la répartition des compétences.

LIVRE DEUXIÈME

La Jurisprudence

CHAPITRE PREMIER

LES CONTRATS PASSÉS PAR LES PERSONNES ADMINISTRATIVES

Le mot contrat, appliqué aux conventions passées par les personnes administratives, a soulevé bien des discussions juridiques. La rigidité de la règle posée par l'article 1134 du Code civil, qui donne aux contrats la valeur de loi entre les parties et exige, pour leur modification, un accord mutuel de celles-ci, se concilie mal, en effet, avec les perpétuels changements de la vie sociale à laquelle doivent s'appliquer les contrats passés par les personnes publiques.

Cette antinomie a été surtout remarquée au sujet des concessions des travaux publics. Ces concessions sont-elles des contrats au sens civil du terme, c'est-à-dire des actes constitués par un accord de volonté au moyen duquel chacune des parties s'efforce d'obtenir un résultat différent, et, en quelque sorte complémen-

taire, de celui visé par l'autre partie, comme la vente, par exemple, où l'un veut échanger un objet contre de la monnaie, tandis que l'autre obtient de la monnaie contre un objet? Sont-elles, comme les contrats civils, intangibles sans l'accord des deux signataires? ou bien au contraire, faut-il y voir un acte réglementaire modifiable au gré de la personne publique qui l'a passé en tant que représentant de l'intérêt général supérieur à l'intérêt privé du concessionnaire, simple particulier? Et si telle est la conception à laquelle on s'arrête, ne faut-il pas apporter une limite au plein pouvoir du concédant, autrement dit, ne faut-il pas voir dans la concession un acte mixte pour une part réglementaire et, pour l'autre, contractuel? Telles sont les diverses discussions qui ont été soulevées par cette convention spéciale et dans laquelle les auteurs et la jurisprudence n'ont pas pris de position définitive.

Les difficultés que l'on rencontre dans la recherche de la nature juridique de ces concessions proviennent de ce fait, que, de plus en plus, les concessions de travaux publics cessent d'avoir pour objet essentiel la construction d'un ouvrage pour s'attacher davantage à régler son exploitation. D'ailleurs, les auteurs modernes délaissent souvent le terme de concession de travaux pour employer celui de *concession de services publics*, afin de mieux marquer le rôle nouveau essentiel de ces conventions. Or, les concessions de travaux publics proprement dites, celles où la construction de l'ouvrage est l'objet principal de l'acte, où l'exploitation n'intervient qu'à titre subsidiaire de mode de paiement, se rapprochent évidemment, presque jusqu'à se confondre avec elles, des conventions contractuelles du genre de celles que sont les marchés de travaux publics. Si telle est la nature de l'institution

originelle, ne sommes-nous pas autorisés à en rapprocher les concessions dites de service public, et, dans cette étude consacrée à l'examen des règles de répartition des compétences en ce qui concerne les litiges soulevés par les contrats, à étendre jusqu'à elles, sans préjuger de leur nature véritable, le sens de ce terme de droit.

Nous assimilerons également à des contrats les concessions de mines, et les concessions de terres dans les cimetières: Louage pour la mine et pour les concessions temporaires en général, — vente pour les concessions perpétuelles, telles sont les catégories auxquelles nous semblent pouvoir être rattachées ces concessions.

Une autre difficulté sérieuse subsiste encore, avons-nous à nous préoccuper de la répartition des compétences en ce qui concerne les conflits nés des rapports des fonctionnaires et de l'administration? Autrement dit, la fonction publique est-elle régie par des stipulations contractuelles? Nous ne le pensons pas. Comment, par exemple, expliquer, en effet, si l'on admet que la situation du fonctionnaire est régie par un contrat, ce fait que la puissance publique conserve le droit de modifier, à tout instant, l'organisation de la carrière du fonctionnaire en ne laissant à celui-ci que l'alternative d'accepter son sort nouveau ou de démissionner. On chercherait en vain également un échange de volonté formant un contrat dans la « nomination » purement unilatérale des fonctionnaires. Enfin, comme le fait remarquer M. Hauriou (1), le fait qu'il a fallu des lois spéciales, comme celle du 21 mars 1905 sur les chemins de fer de l'État, pour

(1) Hauriou. Droit Administratif — 9^e Éd. p. 675.

que certains employés soient soumis au régime du contrat de travail, démontre qu'en l'absence des textes, ce n'est pas un contrat qui lie le fonctionnaire à la personne publique.

Aussi n'envisagerons-nous pas les règles de compétences qui régissent le sort des différends qui peuvent exister entre les personnes administratives et les fonctionnaires qui leur sont attachés. Par contre, nous aurons à examiner le jeu de ces règles en ce qui concerne les difficultés soulevées par les contrats de louage de services passés par ces personnes administratives. Ces contrats rentrent d'ailleurs, comme le fait en particulier remarquer Laferrière (1), dans les marchés de fournitures.

Cela posé, nous pouvons diviser notre étude de la jurisprudence : nous verrons son évolution en ce qui concerne les litiges nés sur les contrats : 1° de vente, de concessions perpétuelles ; 2° de louage, fermage, concessions temporaires ; 3° Marché de fournitures, de travaux publics, concessions de travaux et services publics.

De plus, comme la jurisprudence et la législation ont fait des différences entre les diverses personnes publiques, nous étudierons les principes de répartition des compétences successivement en ce qui concerne les litiges soulevés par les contrats passés : 1° par l'Etat ; 2° par les départements, les communes, les établissements publics.

(1) V. Laferrière « Traité de juridiction adminis. et des recours Contentieux » 2^e éd. 1896. T. P.

CHAPITRE II

LA JURISPRUDENCE ET LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES EN CE QUI CONCERNE LES LITIGES NÉS SUR LES CONTRATS PASSÉS PAR L'ÉTAT.

§ 1^{er}. — LES CONTRATS DE VENTES ET DE CONCESSIONS PERPÉTUELLES

A) *Ventes*. — La loi du 22 novembre 1790 abrogea les textes anciens qui établissaient l'inaliénabilité de tout le domaine de l'État. Durant la période intermédiaire, on eut deux conceptions diverses de celui-ci : tout d'abord il fut placé en bloc sous le régime de domaine de la Nation. Puis, avec le Code civil, il fut divisé en domaine privé et en domaine public (art. 538) non d'ailleurs sans que de multiples discussions n'aient été élevées au sujet de la valeur du critérium servant à distinguer l'un et l'autre domaine.

Seul nous intéresse ici le domaine privé, l'autre étant, par définition, inaliénable. La vente des biens du domaine privé est soumise à des formalités diverses (par exemple : la nécessité d'une loi pour l'aliénation d'immeubles dont la valeur dépasse un million, l'obligation de vendre aux enchères publiques, dirigées par

le préfet et de faire intervenir à l'acte l'Administration des Domaines, mise à prix sur évaluation d'experts, etc., etc.), mais celles-ci ne modifient en rien sa nature d'acte contractuel.

Après le vote de la loi de 1790 et, par suite de la tournure prise par la Révolution et de la confiscation des biens des émigrés et des communautés religieuses, la question domaniale prit une grande importance politique. Les tribunaux judiciaires « hostiles à la régénération » refusaient parfois de considérer comme valables les ventes des biens confisqués faites par l'Etat.

Aussi, pour éviter la résistance des juges, le contentieux du Domaine fut-il confié à l'autorité administrative par de nombreux actes des gouvernements successifs: Résolution du Conseil des Cinq Cents du 8 vendémiaire an V, Arrêtés du Directoire du 8 nivôse, 14 germinal, 8 floréal an V, et enfin, aux Conseils de Préfecture par l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Disposition exceptionnelle, pensait-on, qui devait disparaître avec le retour du calme. La règle posée alors subsiste encore aujourd'hui.

En principe, toutes les difficultés soulevées par les contrats de vente des biens du domaine privé de l'Etat, relèvent de la compétence du Conseil de préfecture. Comment cette disposition a-t-elle été interprétée?

Tout d'abord, on lui a donné la signification la plus large. C'est ainsi que, dans un arrêté du 5 fructidor an IX, les Consuls affirment la compétence administrative au sujet d'une question de limite entre un bien national vendu et un domaine particulier, dans les termes suivants : « Considérant que les acquéreurs de domaines nationaux *ne peuvent régu-*

lièrement recourir aux tribunaux pour les faire expliquer sur ce qui a été vendu par l'autorité administrative... Que, dans le système contraire, il dépendrait des tribunaux par forme d'application ou d'interprétation de modifier, dénaturer, ou même anéantir les actes de l'autorité administrative... Que de telles discussions entrent d'ailleurs normalement dans le contentieux des domaines nationaux, que cette règle (art. 4, loi du 28 pluviôse an VIII) ne dépouille pas les tribunaux du droit de connaître des actes *postérieurs* passés de particulier à particulier, relativement à des biens d'origine nationale (1) ».

On trouve dans le même sens un arrêté consulaire du 15 pluviôse an X (Régie de l'Enregistrement contre Delagrangé). Un décret impérial du 9 messidor an XIII (Gérard), et aussi, chose plus remarquable encore, deux arrêts de la Cour de cassation des 16 et 18 ventôse an XI (2) qui reproduisent exactement les termes de l'arrêté du 5 fructidor an IX. Il est vrai que la Cour suprême ne fonde pas sa jurisprudence uniquement sur la loi de l'an VIII. Elle l'appuie aussi sur les textes révolutionnaires des 17 juillet, 8 août 1790, sur le décret du 26 septembre 1793 qu'elle interprète d'ailleurs largement. La Cour dit en effet : « Il n'appartient pas aux tribunaux... d'autoriser par suite les demandes en indemnité contre le gouvernement ».

Ainsi, dans les dix premières années de l'application de la loi de l'an VIII, la jurisprudence semble bien établie en ce sens que les tribunaux judiciaires sont incompétents pour statuer sur les contestations

(1) V. Rec. général des arrêts du Cons. d'Ét. Lebon. t. 1. P. 6. Godard.

(2) Arrêt rap. par de Cormenin. Questions de droit administratif. 4^e éd. t. 2, p. 487.

soulevées par l'acte même de vente ou les actes qui le précèdent.

Ils ne retrouvent leur compétence que pour connaître des litiges soulevés autour des « actes postérieurs passés de particulier à particulier relativement aux biens d'origine nationale ».

Mais avec le temps et le retour du calme, les questions de vente des biens nationaux perdirent de leur acuité première. De plus, l'idée allait chaque jour prenant corps davantage que le droit de propriété était en quelque sorte sacré et qu'il devait être soustrait à la compétence d'une juridiction dont on redoutait le lien étroit avec un gouvernement trop puissant. Aussi peut-on relever, dès le 26 septembre 1811, un décret en Conseil d'Etat intervenu dans une affaire Viard et Conso C. Souhait (1) dans lequel il est dit que les tribunaux judiciaires peuvent connaître d'une difficulté née d'une vente de biens nationaux, lorsque les énonciations de l'acte, bien qu'expliquées en sens contraire par chacune des parties, *n'offrent rien d'obscur*, et que dans la contestation *ni leur validité ni leurs effets ne sont attaqués*. Le devoir des tribunaux est alors d'appliquer ces énonciations.

C'était évidemment en prendre à son aise avec le texte de la loi. Ce critérium en effet tiré, par *a contrario*, de l'ancienne maxime « ille sese interpretari debet qui obscure locutus est » doit servir en effet uniquement lorsqu'il n'existe aucun texte ou lorsqu'il s'agit de questions incidentes à faire interpréter préjudiciellement par l'une ou l'autre autorité.

Peu après, en 1812, on peut relever des décrets au

(1) Lebon, t. I. p. 296.

Contentieux qui ont posé des bases d'une jurisprudence à peu près définitive. C'est, par exemple, le décret du 11 janvier 1813, Gérard contre Commune de Lavau qui, annulant un arrêté du Conseil de Préfecture, renvoie les parties à se pourvoir devant les tribunaux : « Considérant que les contestations qui s'élèvent sur les ventes des domaines nationaux, les Conseils de Préfecture sont appelés seulement à *expliquer* les clauses du contrat, mais qu'aucune loi ne leur attribue l'examen des *titres anciens* et, par conséquent, antérieurs à l'adjudication faite au nom de la Nation ». A la même époque, nous pouvons relever de multiples décrets rendus dans le même sens (1).

Pour bien montrer comment se répartit alors la compétence, nous renverrons à une espèce où s'applique nettement le système jurisprudentiel. C'est l'affaire Queré C. Mervé, du 30 juin 1812, dont les considérants sont ainsi résumés dans le recueil Lebon : « En interprétant l'adjudication d'un corps de ferme qui était détenu par un fermier lorsqu'elle a eu lieu, le Conseil de Préfecture doit se borner à dire si ce corps de ferme a été vendu tel qu'il était advenu à l'Etat, et que le fermier le détenait, et renvoyer aux tribunaux la question de savoir si l'objet litigieux faisait ou non partie de la ferme pendant la jouissance du fermier, question qui ne peut être résolue que par les titres et la possession des parties (2) ».

Mais ce n'est pas seulement à l'examen des titres anciens qu'est réservée l'intervention de l'autorité

(1) 7 avril 1813. Tisserand, Scey. 21 Juin 1813 Dufour et Figarol. 30 juin 1813 Pinteville. 19 Août 1813 Terrier. 11 décembre 1813 Richardot de Choisey-Collin. 20 novembre 1815 Watré. 9 avril 1817 Baudot.

(2) Rec. Lebon t. 1 (Vendémiaire an IX-janvier 1816) p. 349.

judiciaire dans les procès relatifs aux ventes domaniales ; c'est encore à elle qu'il appartient d'interpréter l'acte d'adjudication chaque fois que cette interprétation ne pourra être faite qu'à l'aide *d'enquête et de visite des lieux* (1), ou bien chaque fois que les contestations ne pourront être résolues que par la *possession* ou la *prescription civile*...

Si l'examen des titres anciens se rencontre surtout dans les procès engagés à propos de biens nationaux au sens spécial de biens confisqués par la Révolution, l'enquête et la visite des lieux sont des incidents de procédure, beaucoup plus fréquents et plus généraux en ce sens qu'ils peuvent se rencontrer au cours d'instances engagées à propos de l'aliénation de tout bien domanial. C'est donc une interprétation restrictive qu'a reçue l'article IV de la loi du 28 pluviôse. Cette interprétation a été maintenue jusque vers 1850. Nous pouvons citer au hasard dans ce sens : Les ordonnances au Contentieux du 21 mars 1825, Hospice de Strasbourg C. héritiers Jannesson et Cons., du 8 mars 1833, Buniau et Cons., C. Demaisières, du 29 janvier 1840, Hospice de Loudun, C. Veuve Gailard.

Le décret du 14 mars 1852 intervenu dans l'affaire Fabre-Lichaire étend un peu la jurisprudence antérieure. Il déclare, en effet, que les Conseils de Préfecture sont compétents pour apprécier les actes de ventes nationales, ainsi que les actes antérieurs auxquels ceux-ci se réfèrent et qui font corps avec eux (2).

(1) V. entre autres le décret Thabaut du 19 juin 1813.

(2) Par « actes faisant corps avec l'acte de vente », le décret du 14 mars 1852 entend des rapports d'experts et des plans levés par un géomètre auxquels ledit acte renvoie.

Qu'ils peuvent ordonner avant de statuer sur l'interprétation de ces actes une enquête ou procéder à une visite des lieux ; mais que l'autorité judiciaire retrouverait toute sa compétence au cas où, subsidiairement, il y aurait lieu de statuer sur la question de savoir si les parcelles litigieuses faisaient partie des domaines vendus tels qu'ils se comportaient, et que le précédent locataire avait droit d'en jouir ou bien si elles faisaient partie des objets exclus de la vente.

Et la jurisprudence continue à s'affirmer dans le même sens, par exemple dans le décret relatif à l'affaire Liste Civile du 18 août 1856. Un arrêt du Tribunal des Conflits du 24 juin 1876 (affaire Bienfait) en maintient l'application aux contestations soulevées par les ventes des biens domaniaux en général et non seulement des biens nationaux au sens révolutionnaire du terme (1).

A mesure qu'on se rapproche de l'époque actuelle, on trouve une jurisprudence de moins en moins fournie sur les ventes domaniales. Cependant, un arrêt du Conseil d'Etat de 1891 (2) vient maintenir la répartition des compétences telle que l'avaient établie les décrets de 1813 et 1852. Il y est dit, en effet, que le Conseil de Préfecture a excédé les limites de sa compétence en interprétant des actes étrangers à celui de la vente nationale dont il avait à connaître, et que les parties doivent, à ce sujet, s'adresser aux tribunaux. La même décision a été prise dans un arrêt commune Saint-Denis-de-Vaux du 9 mars 1900.

(1) Cette interprétation avait d'ailleurs déjà été définitivement fixée par la jurisprudence. V. C. d'Ét. 27 fév. 1835. Touillet 24 déc. 1863, Herse — 8 Mars 1866, Hottot, etc... etc.

(2) V. C. d'Ét. 7 août 91, Lacombe St Michel c. ministre de la Guerre.

De cet examen de la jurisprudence se dégage donc nettement les règles actuelles de répartition des compétences, en ce qui concerne les procès soulevés par les ventes domaniales de l'Etat.

Les Conseils de Préfecture, investis par la loi du 28 pluviôse an VIII de la connaissance du contentieux des domaines nationaux, et naturellement le Conseil d'Etat en appel, sont compétents pour trancher les procès portant sur l'interprétation de l'acte même de l'adjudication des biens, ou des actes faisant corps avec lui, et cela à l'exclusion de tribunaux judiciaires ; par contre, toutes les questions principales ou préjudicielles soulevées par ces procès et auxquelles il ne peut être répondu que par l'examen de titres extérieurs à l'acte même de vente, soit antérieurs, soit postérieur, ou par des moyens tirés du droit civil, tels que la prescription, doivent être soumises à l'autorité judiciaire.

Il peut arriver que, dans un acte de vente, l'Etat soit non vendeur, mais acquéreur. Les difficultés engendrées par les contrats de cette nature ont été, sans discussion, confiées à la connaissance des tribunaux judiciaires (1).

B) *Concessions*. — En matière de concessions perpétuelles, un arrêt récent du Conseil d'Etat (16 novembre 1917, Consorts Malo-Lefèvre) fait application des mêmes règles de répartition des compétences qu'en matière de vente domaniale.

(1) V. à ce sujet. C. d'Ét. 1876 minis. Fin. contre Ville de Brest.

§ 2. — RÉPARTITION DES COMPÉTENCES EN MATIÈRE
DE BAUX PASSÉS PAR L'ÉTAT

A) *Les baux.* — La loi du 19 août-12 septembre 1791, art. 8, § 2, fait une obligation aux personnes publiques en général, et à l'Etat en particulier, de louer les biens immeubles de leur domaine privé, quand, pour des raisons quelconques, elles ne veulent pas les aliéner ; mais cette loi reste muette sur la détermination de la juridiction compétente pour connaître des difficultés soulevées par les baux. Seul, un arrêté du 3 floréal an VIII vient spécialement déclarer que les procès relatifs aux baux des sources minérales et thermales de l'Etat seront de la compétence du Conseil de Préfecture. Sans doute, la loi du 28 pluviôse an VIII pose en termes larges la compétence du Conseil de Préfecture, puisqu'elle donne la connaissance du « Contentieux des domaines nationaux », et on pourrait soutenir (on l'a d'ailleurs fait quelquefois), que le contentieux des baux domaniaux est compris dans cette attribution générale.

Cette théorie n'a cependant pas prévalu. Elle était d'ailleurs contraire, nous semble-t-il, à la pensée du législateur révolutionnaire, car, si le texte du 28 pluviôse avait eu, selon lui, une portée aussi générale, il n'aurait pas eu besoin de prendre l'arrêté du 3 floréal suivant, qui n'aurait constitué qu'une application particulière du texte antérieur.

Cependant, à l'origine, les termes de la loi de pluviôse ont incité la jurisprudence à donner la connaissance des litiges soulevés par les baux domaniaux à l'autorité administrative. C'est ainsi qu'elle juge

par le décret intervenu le 12 décembre 1806 en l'affaire Lenoble contre Régie des Domaines (1).

Mais elle ne resta pas longtemps fixée dans ce sens : le 3 mai 1810, dans l'affaire Magrelli contre Régie des Domaines, elle renvoie à l'autorité judiciaire la connaissance d'une difficulté soulevée par un fermier. Le 12 décembre de la même année, dans l'affaire Mortens contre Caisse d'amortissement, un décret est rendu dans le même sens en ces termes : « Considérant que les questions qui s'élèvent sur l'exécution des clauses d'un bail n'ont été attribuées par aucune loi à l'autorité administrative, que, par conséquent, les tribunaux ordinaires ont seuls le droit d'en connaître (2). »

Ce renvoi à la compétence judiciaire est encore la règle suivie aujourd'hui par la jurisprudence. Tous les litiges nés à l'occasion de l'application ou de l'interprétation des baux passés sur le domaine privé de l'État sont de la compétence judiciaire, aussi bien sur le territoire métropolitain que dans les colonies (3).

Pour déterminer le sens et la portée d'une telle jurisprudence, peut-être conviendrait-il de rechercher les motifs que les juges, au cours du siècle dernier, ont donnés pour l'établir et pour la maintenir. A la vérité d'ailleurs, tous les motifs fournis se résument ainsi, lorsqu'ils sont exprimés : « Aucun texte ne venant donner compétence aux tribunaux administratifs, ceux-ci ne doivent pas connaître des procès sou-

(1) V. aussi les décrets Benier du 6 janvier 1807. Riotot du 23 avril 1807 et même plus tard l'Ordonnance Darnard du 29 janv. 1814.

(2) V. de même Ord. 6 mars 1816 Faivre — 6 sept. 1820 rég. des dom. C. Gravillon et Condeminal.

(3) V. arrêts du 22 janvier 1904, Alex. Richard ; du 23 juillet 1903 Dieudonné.

levés par l'exécution des baux passés par l'Etat ». Cela est sous-entendu dans les affaires Magrelli (3 mai 1810), Grandjean et Chevrier (14 juillet 1813), héritiers Bezanger (13 janvier 1816), Bérenguier (12 mai 1853), Alex. Richard (22 janvier 1904), etc. ; par contre, on le trouve nettement exprimé dans l'ordonnance au contentieux intervenu dans l'affaire Michel le 20 novembre 1840 : « Considérant qu'il s'agit en l'espèce de l'interprétation des clauses d'un bail passé par l'administration au sieur Michel... et qu'aucune disposition de la loi n'attribue les contestations de cette nature à la compétence administrative... », l'affaire est renvoyée devant les tribunaux judiciaires.

La Cour de cassation, dans une affaire où, il est vrai, l'Etat se présentait non comme loueur, mais comme locataire, reconnaît la compétence judiciaire même lorsqu'il s'agit de baux devant servir au fonctionnement d'un service public (1), et dans les considérants de son arrêt, s'efforce de rattacher sa jurisprudence à une théorie générale qu'elle formule ainsi : « Attendu qu'il appartient à la juridiction de droit commun de statuer entre toutes personnes sur les questions de propriété et de possession et autres questions de droit civil tenant au fond du litige ; — Attendu que, dans l'espèce, à l'occasion d'un bail de bâtiment et dépendances, il s'est élevé une difficulté... qui trouvait sa solution dans les dispositions de la loi

(1) V. Préfet de la Nièvre C. Lavault, cass. Rq. 8 nov. 1859, Dall. 59-1-446, et Bourgeois C. d'Ét. 10 nov. 1876, Dall 77-3-13, qui confirme la jurisprudence de la C. de Cas. en l'appuyant sur un décret du 12 nov. 1870 qui reconnaît compétence judiciaire en matière de baux passés pour la location d'un immeuble destiné à des fabrications de guerre. — V. aussi dans le même sens, une jurisprudence toute récente : C. d'État 28 janv. 1821. V. de Béziers et 12 nov. 1921, Husson,

civile (art. 1719 et 1723 du C. civ.) et rentrait dans les attributions de l'autorité judiciaire ».

En raisonnant ainsi, la Cour suprême s'efforce d'étayer la compétence judiciaire, non pas sur une considération négative telle que l'absence de texte, mais sur un principe positif, celui de l'existence de droits qui, par leur nature, seraient civils et soustraits à la compétence des tribunaux administratifs. Ce principe de la répartition des compétences qui fut repris, en particulier, par Ducrocq, n'a jamais pu d'ailleurs être poussé dans les applications sans se heurter à la contradiction des faits (1).

Quoi qu'il en soit, il importait de le noter ici, parce qu'il est l'aboutissement d'un effort fait pour fonder, sur des considérations juridiques, la répartition des compétences entre nos deux ordres de juridiction.

Si la jurisprudence a déclaré constamment que l'interprétation et l'application des baux d'immeubles passés par l'Etat, tant comme locataire que comme propriétaire, doivent être confiées aux tribunaux judiciaires, ainsi que celles des baux de droits incorporels, tels que le droit de pêche dans les rivières navigables (2) ou de chasse dans les forêts domaniales (3) ou de location de chaises dans les jardins publics (4); par contre, cette jurisprudence a évolué de façon intéressante en ce qui concerne le choix de la juridiction compétente pour connaître des difficultés entraînées

(1) Comment expliquer en effet, par exemple, avec cette théorie, la loi du 11 germinal an XI qui donne compétence au Cons. d'Ét. au sujet de réclamations relatives aux noms des personnes, à la fois question d'état et de propriété ?

(2) V. Cons. d'Ét. 18 sep. 1813. 19 fév. 1868 Portolupi. 23 mars 1903 Zimmermann et Olivier.

(3) V. Cons. d'Ét. 21 juillet 1903, aff. Dieudonné dit Gibez (Dall. 1904-3-112) et Tribunal des Conf. 25 mars 1891. Cahen d'Anvers.

(4) V. Cons. d'Ét. 26 mars 1850 Boursin.

par l'application des baux de bacs ou passages d'eau. C'est qu'à leur occasion diverses questions se posent, d'abord les bacs ou passages d'eau établis sur les rivières navigables dépendant du domaine public intéressent la police de la grande voirie qui relève dans certains cas, même pénalement (loi de floréal an X), des Conseils de Préfecture; en outre, les passeurs bénéficient d'un monopole de fait à cause de la nature même de leur industrie; enfin le caractère d'utilité générale des bacs les rapproche singulièrement des services publics dont l'administration a la charge d'assurer le fonctionnement.

Ces divers caractères sont mis en lumière par la loi du 6 frimaire an VII qui vient réglementer la matière sans d'ailleurs, malheureusement, fixer la répartition des compétences. Le préambule même de la loi reconnaît la nécessité où se trouve l'administration d'intervenir dans l'industrie des passages d'eau « afin de détruire l'arbitraire et les vexations auxquels le défaut de surveillance active et permanente donne lieu », et l'article premier abroge les dispositions de la loi du 25 août 1792 qui établissait la liberté des bacs.

C'est justement ce caractère actif et permanent de la surveillance administrative, affirmé dans le préambule et confirmé particulièrement par les articles 35 à 40 de la loi, qui a amené les hésitations multiples de la jurisprudence sur la répartition des compétences, avant que, par le détour que nous allons voir, elle soit arrivée à affirmer la compétence administrative dans les contestations portant sur les baux de « bacs publics (1) ». D'ailleurs, si la loi de l'an VII constatait

(1) V. Concl. de M. Levavasseur de Précourt dans l'aff. commune de Miribel, Cons. d'Ét. 26 oct. 1888, Rec. p. 758.

la situation de monopole des passeurs, elle l'a confirmée en n'accordant qu'à l'Etat seul le droit de concéder les bacs, et la loi du 10 août 1871, en étendant ce droit aux départements, a, encore une fois, maintenu cette situation. Cela dit pour expliquer l'expression de « bacs publics ».

A l'origine, la jurisprudence fut très partagée sur le point qui nous occupe. On pourrait cependant, nous semble-t-il, diviser son histoire en trois périodes, dont les limites, d'ailleurs peu précises, seraient pour la première la révolution et 1830. On trouve beaucoup d'affaires où la compétence administrative est reconnue à cette époque, parce qu'on rattache les contestations sur les bacs à la police de la grande voirie, ou bien, à la forme administrative de la possession du bail (1).

Puis, à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation qui, statuant sur une question de moins-value de matériel de bac, dans une affaire Baudoin du 6 août 1829 (rapportée au Sirey 1829, 3^e partie), reconnaît l'autorité judiciaire compétente pour connaître du litige, on voit évoluer la jurisprudence dans le sens de la compétence judiciaire. C'est ainsi, par exemple, que statue la Cour de cassation dans l'affaire Bâton contre Lanne (10 mai 1831, S. 31-1-188), et dans l'affaire administration des Contributions directes contre Legeas (11 novembre 1834, S. 35-1-30) où les considérants sont extrêmement affirmatifs : « Considérant que les tribunaux sont compétents pour statuer sur l'exécution d'un bail, quoiqu'il soit passé au nom d'une administration publique... que le cahier des

(1) V. Cons. d'Ét. 13 novembre 1809. Davost — 22 janv. 1813, Laluzerne — 24 mars 1819 Lanjardière — 17 nov. 1823 Léfébure — 6 juil. Dubaut et 10 août 1825 Jacquet — 18 février 1829 Dufour — 14 juillet 1830 Matignon.

charges n'étant qu'un contrat dont les tribunaux doivent sans doute faire respecter les dispositions, mais qu'ils ont le droit d'interpréter ». Le Conseil d'Etat s'est lui-même rallié à cette jurisprudence dans l'affaire Ancel (1) du 25 avril 1834.

Mais le 16 juillet 1840, une affaire Miozé fut soumise au Conseil d'Etat statuant comme juge des conflits. Miozé, fermier d'un bac, avait réclamé, devant le Tribunal civil de Nantes, une réduction du prix de son bail, sous prétexte que l'établissement de digues submersibles dans la Loire lui causait préjudice. Le préfet, se fondant sur la loi de frimaire an VII, éleva le conflit que le Conseil d'Etat fut appelé à juger.

L'arrêté de conflit du Préfet de la Loire-Inférieure fut confirmé grâce à une sorte de détour. Le Conseil considéra en effet le dommage subi par le fermier du bac comme résultant de travaux publics, et fonda, par suite, la compétence administrative sur la loi de pluviôse an VIII. Quoi qu'il en soit, cette question qui se ramenait, en somme, puisque l'Etat, exécuter des travaux publics, était précisément le co-signataire du bail du bac, à un conflit entre les deux parties du contrat, fut portée devant l'autorité administrative.

D'ailleurs, dès 1845, cette compétence administrative va se préciser. Dans une affaire Moriand du 23 mars 1845, le Conseil d'Etat affirme que l'autorité administrative est compétente « pour statuer sur les contestations qui s'élèvent entre l'Etat et les adjudicataires des passages d'eau sur les indemnités réclamées par ceux-ci pour inexécution prétendue de clauses de leur marché ».

(1) V. Rec. Sirey 1834-2-506.

La compétence administrative se trouve donc bien étendue au cas où seules les clauses du contrat sont en jeu ; on peut le dire d'autant plus que cette compétence a été constamment affirmée dans la suite, chaque fois qu'un procès a mis en jeu l'interprétation ou l'application des clauses mêmes du contrat. C'est l'arrêt Perriat du 7 novembre 1850, du Tribunal des Conflits (recueil 1850, p. 799), qui considère comme relevant de la police de la grande voirie les contestations touchant aux plus-values des matériels de bac.

C'est l'arrêt du Conseil d'Etat Paturot, du 7 mai 1852 (recueil 1852, p. 133) qui donne la même solution à une affaire identique. C'est l'arrêt du Conseil d'Etat, Ministre de travaux publics contre Canard, du 21 décembre 1877 (recueil 1877, p. 1010), qui reconnaît compétente la juridiction administrative pour connaître d'une question d'indemnité réclamée par un fermier de bac, etc...

La jurisprudence est donc désormais établie en ce sens que l'autorité administrative, en l'espèce le Conseil de Préfecture, successeur des directoires de département prévus aux termes de la loi de l'an VII, au premier degré, est compétente en ce qui concerne les litiges nés sur les contrats de fermage de bac (1).

B) *Les concessions temporaires.* — Les plus importantes sont, depuis la loi de septembre 1919, les concessions de mines. L'Etat doit être considéré en vertu de la législation existante, qui, sur ce point, a forte-

(1) Mais l'autorité judiciaire reste compétente pour connaître des difficultés entre les usagers du bac et le passeur, même si celui-ci est une personne publique. V. Conflit 21 janv. 1921. Dal. 1921-3-1. Cela par suite de l'assimilation de la situation du passager avec celle du voyageur en chemin de fer (Art. 22-2 l. du 15 juil. 1845).

ment confirmé les dispositions de la loi de 1810, comme propriétaire de gisements miniers. Jusqu'à cette loi toute récente, les concessions minières étaient perpétuelles, et leur contentieux rentraient par conséquent dans le contentieux administratif comme celui des ventes des biens du domaine privé. La jurisprudence sur la loi nouvelle est encore inexistante, mais elle continuera vraisemblablement à attribuer aux tribunaux administratifs la connaissance des procès relatifs aux concessions de mines.

§ 3. — RÉPARTITION DES COMPÉTENCES EN MATIÈRE DE MARCHÉS DE FOURNITURES ET DE TRAVAUX PUBLICS PASSÉS PAR L'ÉTAT.

A) *Marchés de fournitures.* — Un texte intervient ici pour donner compétence au Conseil d'Etat, c'est celui de l'article 14 du décret du 11 juin 1806 ainsi conçu : « Le Conseil d'Etat connaîtra en outre... 2° de toutes les contestations ou demandes relatives soit aux marchés passés avec nos ministres... ou en leur nom, soit aux travaux ou fournitures faits pour le service de leurs départements respectifs, pour notre service personnel ou celui de nos maisons (de l'Empereur) ».

Déjà, sous l'ancien régime, les contestations sur les marchés de fourniture étaient de la compétence administrative, elles étaient d'ordinaire, en effet, évoquées pour le Conseil du Roi et renvoyées à l'une de ses sections. Leur sort, sous la Révolution, fit longtemps l'objet de discussions entre historiens. Il semble cependant que si la loi du 20 septembre-14 octobre 1791, titre III, art. 9, donne compétence en la matière à l'autorité judiciaire, elle cessa d'être observée du

jour où l'intensité des luttes contre les invasions étrangères donna une importance de premier plan aux marchés de fournitures passés pour l'approvisionnement des armées. De telle sorte que, sous la Convention déjà (décrets du 13 décembre 1792), la compétence des tribunaux judiciaires en matière de contestations relatives à des marchés de fournitures, n'est plus qu'un souvenir, et que la loi des 4-9 mars 1793 ne doit être considérée que comme une loi exceptionnelle, puisqu'elle ne reconnaît compétence à l'autorité judiciaire que dans le cas où l'Etat est demandeur (1). Quoi qu'il en soit d'ailleurs, le décret du 11 juin 1806 est venu nettement trancher la question, en donnant compétence au Conseil d'Etat par un texte extrêmement large.

On définit d'ordinaire le marché de fournitures en disant qu'il est une convention passée par l'Etat au moyen de laquelle il se procure les objets ou même les services (par exemple les transports) nécessaires au fonctionnement des services publics.

Cette définition est l'interprétation jurisprudentielle du texte du décret. Elle est, comme on le voit, fort large, mais aussi très précise. Pour qu'il y ait marché de fournitures, c'est-à-dire compétence administrative, il faut, tout d'abord, qu'il y ait un marché passé par l'administration, selon les formes fixées par la loi de 1833 et le décret de 1882 avec, en particulier, l'emploi de l'adjudication publique pour les marchés importants. L'absence d'un traité spécial soustrayant l'administration aux règles du droit commun rend

(1) Voir Laferrière « Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux » 2^e éd. 1896, tome I, p. 202. — En sens contraire V. Serrigny « Compétence administrative » tome III, p. 203.

compétence à l'autorité judiciaire ; ainsi en ont décidé, à plusieurs reprises, le Conseil d'État et la Cour de cassation (1).

Par contre, dès qu'il y a un marché, le Conseil d'État se reconnaît compétent (2) et, à ce point de vue là, le Conseil d'État ne distingue pas entre la vente, l'achat ou le louage. Il met une seule condition à l'application de sa compétence, c'est qu'il s'agisse de contrats conclus pour le fonctionnement des services du ministre qui les signe. C'est ainsi que, dans une affaire Pinard, jugée le 20 février 1869, M. Aucoc, commissaire du Gouvernement, a affirmé la compétence administrative fondée sur le décret 1806, alors qu'il s'agissait d'une *vente* faite par le ministre des Finances, pour le compte du Trésor public, de certains titres Mexicains. « Le ministre, dit le commissaire du Gouvernement, était essentiellement dans ses fonctions d'administrateur chargé de procurer des ressources au Trésor public ». Dans les marchés de fournitures, au sens administratif du terme, entrent encore les ventes faites par les ministres ou leurs délégués, dont le produit est compris dans les recettes budgétaires affectées à leurs services (3), ainsi que les contrats de louage, tels que ceux de navires destinés à effectuer des transports pour l'État (4).

(1) Voir *Cons. d'État*, 9 juil. 1820 — 6 déc. 1895 — Compagnie générale transatlantique — 13 juil. 1883 *Comp. P. L. M.* — 6 mai 1921 *Comp. P. L. M. et Cour de cassation* — 26 août 1866 Boone et Pyotte contre Polin et Gabu, *Dal.* 66-1-486 et *Trib. des conflits* 7 novembre 1922 Manon.

(2) Voir *Cons. d'État*, 19 déc. 1868 *Comp. générale transatlantique*, — 20 déc. 1872 Valéry, *Trib. des Conflits* 1^{er} fév. 1873 adm. des Postes. — *Cons. d'État* 16 fév. 1917 *Comp. des chargeurs Réunis*.

(3) V. *Cons. d'État*, 25 mai 1840 Gouffier — 10 juil. 1847 Chabot — 17 mai 1878 Charpentier.

(4) V. *Cons. d'État* 18 juin 1919 *Comp. des chargeurs Français*.

Mais il ne suffit pas seulement qu'il y ait un marché, il faut encore qu'il s'agisse d'un service public, bien que ce ne soit pas spécifié au texte de 1806. C'est, du moins, ce que l'on peut déduire logiquement de nombreux arrêts intervenus en matière de marché de fournitures. Dans l'affaire Pinard mentionnée plus haut, le commissaire du Gouvernement disait, dans ses conclusions, que le Conseil a admises en reconnaissant sa compétence : « Nous avons un texte qui a attribué compétence à la juridiction administrative, c'est le décret du 11 juin 1806, dont l'article 14 charge le Conseil d'Etat de statuer sur les contestations relatives aux marchés passés par les ministres pour le service de leur département respectif. Le sieur L... prétend qu'aucun *service public* n'était intéressé dans cette affaire... Nous ne pouvons admettre cette manière de voir ».

Cela se trouve confirmé par une jurisprudence toute récente : Le Conseil d'Etat, statuant le 7 mars 1923 dans une affaire Société Hellenic Transport Seam shifts C^o (*Rev. de Droit public*, 1923, p. 432), décline la compétence administrative au sujet d'une difficulté soulevée par l'exécution d'un marché de fourniture, parce que :

1° Il n'y a pas un marché contenant « des clauses exorbitantes du droit commun imprimant au contrat un caractère administratif » ;

2° Parce que la Compagnie ne devait effectuer que des livraisons de fournitures et des transports ne participant d'aucune manière à l'exécution d'un service public.

Voilà donc liée la compétence administrative, non seulement à l'existence d'un marché, mais encore au fonctionnement d'un service public.

Il ne nous a pas été possible de trouver des affaires relatives à des marchés de fournitures que l'État aurait passés pour assurer la marche de ses manufactures privées. De telles affaires, parce qu'on les aurait confiées, sans doute, à la connaissance des tribunaux judiciaires, nous auraient permis de contrôler qu'un des caractères essentiels d'un marché de fournitures au sens du décret de 1806 est d'être conclu en vue du fonctionnement d'un service public (1).

Nous allons d'ailleurs rencontrer des espèces de ce genre à propos de ces contrats tout voisins des marchés de fournitures qu'on appelle des marchés de travaux publics.

B) *Marché de travaux publics.* — Un texte célèbre intervient ici. Celui de la loi du 28 pluviôse an VIII, art. 4 : « Le Conseil de préfecture statuera... § 2 sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés.

Il est d'ores et déjà une remarque que nous pouvons faire touchant les points de similitude de notre

(1) Beaucoup d'auteurs et des plus considérables, font entrer les contrats de louage de service passés par l'État dans les marchés de fournitures. Si on adopte ce point de vue, on peut alors citer un arrêt aux termes duquel le Conseil d'État se déclare incompétent parce que précisément il ne s'agit pas d'un service public. C'est celui du 11 nov. 1910 intervenu dans une affaire Sandrini où il s'agissait d'un contrat de louage de service passé entre le directeur de l'Opéra et la demoiselle Sandrini.

Le Conseil d'État s'est déclaré incompétent en ces termes : « Dans les rapports qu'ils ont avec les artistes dont ils utilisent les services, les directeurs de l'Opéra ne peuvent être considérés comme des *fonctionnaires publics*, mais agissent en qualité d'entrepreneurs commerciaux. »

juridiction administrative actuelle et de la juridiction administrative de l'Ancien Régime.

Les évocations donnaient jadis compétence au Conseil du Roi en ce qui concerne les litiges soulevés par les marchés de fournitures ; la connaissance de ces procès ressort aujourd'hui du Conseil d'Etat ; — par contre, si la compétence en matière de difficultés engendrées par les marchés de travaux publics appartient au Conseil de Préfecture, elle était dévolue jadis aux Intendants. Ces ressemblances ne peuvent être considérées comme de simples coïncidences ; mais nous sommes autorisés à y voir une preuve nouvelle que la juridiction administrative moderne et celle de notre ancienne France sont fondées sur les mêmes principes.

Cette remarque faite, nous devons nous demander ce qu'il faut entendre par marchés de travaux publics. Quels sont les caractères auxquels s'arrête la jurisprudence pour reconnaître compétence à la juridiction administrative ?

D'abord, les conditions de forme ? Elles sont moins sévères pour les marchés de travaux publics que pour les marchés de fournitures. Non pas que des textes ne les réglementent minutieusement (V. ordonnance du 4 décembre 1836 et décret du 18 novembre 1882 par exemple), mais au point de vue de la compétence, la jurisprudence, après avoir hésité d'ailleurs, a fini par reconnaître que l'inobservation de ces règles ne fait pas des marchés de travaux publics des contrats soumis à l'autorité judiciaire, contrairement à ce qui a lieu pour les marchés de fournitures. Le Tribunal des Conflits, dans une affaire Deyroles du 1^{er} mars 1873, déclare, il est vrai, que la Compagnie des chemins de fer du P.-L.-M., bien qu'ayant agi dans l'intérêt de

la conservation d'un ouvrage public en pratiquant une brèche dans une digue appartenant à un particulier, ne doit pas être considérée comme un entrepreneur de travaux publics « parce que les travaux n'ont pas été autorisés ». Mais, par contre, tout récemment encore, la Chambre civile de la Cour de cassation, dans une affaire Commune de Venterol, a fixé une jurisprudence contraire, plus conforme d'ailleurs à l'esprit de la loi de l'an VIII. Elle a déclaré en effet que « le caractère de travail public *dépend de l'objet des travaux et non des formalités* qui doivent les accompagner ».

Ce sont donc les conditions de fond qui fixent les répartitions des compétences. Dès le milieu du XIX^e siècle, on les trouve résumées dans les formules même qui sont encore employées aujourd'hui. Mais on doit reconnaître que le sens de ces formules a évolué jusqu'à nos jours.

Le 24 juillet 1851, dans une affaire Pamard et consorts, le Tribunal des Conflits statuant sur une question de dommages causés aux riverains par des travaux exécutés par l'administration de la Guerre dans une caserne appartenant à l'Etat, attribuait la connaissance du litige à la juridiction administrative, et reconnaissait que les travaux en question étaient des travaux publics « parce qu'ils ont été exécutés dans un bâtiment de l'Etat *affecté à un service public et dans le but de satisfaire aux exigences de ce service* (1) ». C'est également parce qu'il devait, en exé-

(1) Bien que, dans cette affaire-ci comme dans quelques autres citées plus loin, il s'agisse à proprement parler, de compétences en matière quasi-délictuelle et non en matière contractuelle, nous n'hésitons pas à la rapporter parce que les définitions que l'on y rencontre de ce que l'on doit entendre par « travail public » doivent valoir pour les litiges soulevés en matière contractuelle.

cutant son marché, collaborer à un service public que le sieur Mercier, adjudicataire de la fourniture de pierres destinées au rétablissement d'un chemin traversant une forêt domaniale, a vu affirmer à son profit le caractère administratif de la difficulté qui était pendante entre le ministre des Finances et lui-même, par un arrêt du Conseil d'Etat du 3 juillet 1852. Le même motif d'utilité publique a fait reconnaître le caractère public des travaux d'établissement d'un télégraphe sous-marin (Conseil d'Etat, 20 mars 1862, Société du télégraphe électrique sous-marin de la Méditerranée), et des travaux de barrage d'une rivière destinés à procurer l'eau nécessaire au ravitaillement de locomotives (Cons. d'Et., 14 décembre 1865, chemins de fer du P.-L.-M.), bien que dans ce dernier cas, la formule employée soit beaucoup plus large, puisqu'elle semble accorder à tous « les travaux entrepris par l'administration au nom de l'Etat » le caractère de travaux publics.

Mais si il y a quelque embarras dans le choix des termes, il semble incontestable qu'à cette époque-là, la caractéristique essentielle d'un travail public, celle qui apparaissait comme la raison d'être de la compétence administrative à son sujet, était son but d'intérêt général. C'est dans ce sens-là, en effet, qu'il faut comprendre le terme de service public employé dans l'arrêt Pamard; nous trouvons une confirmation de cette interprétation dans les conclusions déposées par M. Aucoc au cours des débats relatifs à l'affaire Lafond (Cons. d'Et., 8 mars 1866). Il ressort, en effet, des paroles du commissaire du Gouvernement, que l'on doit entendre à cette époque-là, par service public de l'Etat, *toute entreprise étatique ayant un but d'utilité générale.*

C'est, on le voit, une définition extrêmement large, étendant d'une manière considérable le champ de la compétence administrative, parce que donnant à un très grand nombre de marchés le caractère de marchés de travaux publics ; — on pourrait même dire à tous les marchés de travaux de l'Etat, parce qu'en définitive, tous ces marchés, même ceux qui interviennent dans le plus pur esprit de conservation du domaine le plus généralement considéré comme domaine privé de l'Etat, ont des conséquences financières portant sur les deniers publics, c'est-à-dire intéressant des objets qui sont, au premier chef, d'utilité publique.

Tel est, en effet, le résultat de l'emploi du critérium de simple utilité publique pour servir de fondement à la répartition des compétences en matière de litiges nés sur les contrats relatifs aux travaux de l'Etat. Et ce résultat, nous le trouvons précisément atteint et consacré par l'arrêt Lafond. Voici l'espèce : l'établissement thermal de Nérès, dans l'Allier, propriété de l'Etat, avait été détruit ; la reconstruction qui en avait été faite portait, prétendument, préjudice à des tiers qui en réclamèrent la démolition. Le Conseil de Préfecture de l'Allier, saisi du litige, se déclara incompétent, en arguant que la reconstruction de l'établissement avait été faite sur un bien du domaine privé de l'Etat, avait été soumise à l'arrêté d'alignement du maire, tout comme la construction d'un immeuble appartenant à un simple particulier, etc., et ne constituait pas, par conséquent, un travail public. L'affaire vint en appel au Conseil d'Etat, les plaignants réclamant l'annulation de l'arrêté du Conseil de Préfecture et l'attribution de l'affaire à la juridiction administrative. C'est alors que M. Aucoc

déposa ses conclusions favorables à celles du pourvoi, dans lesquelles on trouve la définition des travaux publics, telle qu'on la comprenait en 1866 : « Il faut, dit le commissaire du Gouvernement, rechercher un signe simple et qui ne donne lieu à aucune controverse pour reconnaître les travaux publics.

« Ce signe, nous le trouvons, avec la jurisprudence aujourd'hui constante et unanime du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, dans l'utilité publique des travaux. Si les travaux sont d'utilité publique, si, pour les exécuter, on peut recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique, ce sont des travaux publics ».

Puis, après avoir fait remarquer que, dans certains cas, l'article 12 de la loi du 14 juillet 1856 autorise l'emploi de l'expropriation pour faciliter la bonne exploitation des sources thermales, il s'écrie : « N'est-ce pas la preuve évidente qu'il y a là utilité publique, service public?... C'est donc à tort que le Conseil de Préfecture s'est déclaré incompétent ».

Ainsi, chaque fois qu'un marché de travail intéressant l'Etat était passé pour la satisfaction de simple besoin d'utilité publique, on considérait alors que la juridiction administrative devait être saisie des litiges que l'exécution de ce marché pouvait entraîner, parce que, disait-on, il touche au fonctionnement d'un service public. — Mais l'emploi d'un critérium étendant d'une façon aussi considérable les limites de la compétence administrative ne devait pas rester la règle de la répartition des compétences. — On perçoit déjà une résistance marquée à suivre la jurisprudence antérieure, dans une affaire *Battle*, tranchée par le Tribunal des Conflits, le 12 mars 1881. Le caractère de travail public fut dénié — et partant rejetée la compé-

tence administrative — à des travaux dont l'exécution par l'Etat constituait une partie du prix d'achat de terrains amiablement cédés par un particulier pour l'établissement d'une route nationale. Si, à proprement parler, ces travaux ne constituaient pas en eux-mêmes une œuvre d'utilité publique, les circonstances dans lesquelles ils intervenaient, permettent d'affirmer néanmoins qu'ils concouraient à la satisfaction d'un besoin public. Mais il y a des espèces où l'on voit plus nettement encore se manifester l'abandon du critérium proposé par Aucoc. Le 4 avril 1884, le Conseil d'Etat ayant à statuer sur les travaux de construction d'une route de vidange destinée à l'exploitation d'une forêt dépendant du domaine de l'Etat, se déclara incompétent, sous prétexte que les travaux en question ne constituaient pas des travaux publics. Cette décision est nettement en contradiction avec celle intervenue à propos de l'affaire Mercier que nous avons rapportée plus haut. Ce n'est pas, bien évidemment, qu'entre 1852 et 1884, l'exploitation des forêts domaniales ait cessé de présenter un caractère d'utilité publique; mais c'est la preuve d'une recherche plus précise de ce qui constitue la caractéristique du travail public. Cela ressort des conclusions déposées dans l'affaire par le commissaire du Gouvernement Gomel, qui déplore de ne pouvoir réclamer la compétence administrative à cause de l'impossibilité où il se trouve non d'invoquer l'utilité publique, mais de rattacher le litige à l'exécution d'un service public, la route forestière en question ne pouvant être classée dans le service de voirie, parce que « elle ne rejoint pas deux chemins ».

Mais une affaire plus typique encore de l'évolution qu'accomplit alors la jurisprudence, est celle du sieur

Richard d'Aboncourt, déférée au Conseil le 2 décembre 1904. La Société des hauts fourneaux de Denain et d'Anzin, concessionnaire des mines de Champigneulle, avait été autorisée, par décret reconnaissant l'utilité publique de ce travail, à établir un chemin de fer pour faciliter l'exploitation de sa concession. Le sieur Richard d'Aboncourt prétendit que l'établissement du chemin de fer minier lui portait préjudice. Il porta sa réclamation devant le Tribunal civil de Nancy qui se déclara incompétent; il saisit alors le Conseil de Préfecture de Meurthe-et-Moselle. Celui-ci, statuant au fond, donna tort au réclamant. Appel fut fait au Conseil d'Etat qui fut prié d'annuler pour incompétence la décision du Conseil de Préfecture. Le sieur Richard d'Aboncourt prétendait en effet que la construction du chemin de fer minier n'avait pas eu le caractère de travail public, parce que, au terme même du décret qui en avait reconnu l'utilité publique, il était interdit à la Compagnie de Denain et d'Anzin d'organiser un service de transports publics sur sa voie ferrée.

Le Conseil reconnut bien fondée la demande de l'appelant et déclara incompétente, dans cette affaire, l'autorité administrative, les travaux en question « n'ayant pas pour objet d'assurer un service public, mais ayant été exécutés exclusivement dans l'intérêt du concessionnaire de la mine ».

Ainsi, désormais, il ne suffit pas, pour fonder la compétence administrative, qu'un travail soit reconnu d'utilité publique, ni même que l'expropriation puisse être employée pour permettre son exécution. La loi du 27 juillet 1880 autorise en effet l'expropriation pour cause d'utilité publique pour la construction des chemins de fer miniers.

Mais il est à remarquer dans cette affaire que si le Conseil d'Etat rejette le critérium de simple utilité publique, il conserve celui de service public. Autrement dit, il distingue entre service public et utilité publique, ce que ne faisait pas l'arrêt de 1866, et considère le service public comme n'étant en somme qu'un des moyens de satisfaire les besoins d'utilité publique. Continuant l'évolution commencée lors de l'affaire *Battle*, le Conseil d'Etat restreint le champ d'activité des tribunaux administratifs. Il n'y aura désormais compétence administrative à propos des litiges soulevés par les marchés de travaux passés par l'Etat, que si les travaux en question ont été exécutés en vue du fonctionnement d'un service public proprement dit.

Les arrêts qui confirment cette jurisprudence sont extrêmement nombreux. On peut citer proche de nous l'affaire *Astruc* du 7 avril 1916 où le Conseil d'Etat, sur les conclusions de M. Corneille, s'est déclaré incompétent pour statuer sur un marché de travaux relatifs à la construction d'un « Palais Philharmonique » : « considérant que le travail dont il s'agit n'était pas destiné à assurer un service public ».

Mais pour dégager le principe de la répartition des compétences, il ne suffit pas d'indiquer quel est le critérium suivant lequel se fait cette répartition, il faut encore expliquer ce qu'est ce critérium. Autrement dit, nous devons nous demander ce qu'il faut entendre par l'expression « Service public ».

Le service public est une entreprise destinée à satisfaire un besoin d'intérêt général. Elle peut être soit dirigée directement par la personne administrative qui l'organise, soit concédée par cette personne à un particulier ou à une société commerciale, subrogée,

pour la gestion du service, aux droits du concédant, dans les limites fixées par le contrat de concession (1). L'organisation d'un service public n'est pas le seul moyen de satisfaire les besoins généraux. Beaucoup de ceux-ci trouvent en effet leur satisfaction dans le libre jeu de l'industrie privée : C'est elle, par exemple, qui assure, en temps normal, un service utile au premier chef : celui de l'alimentation. Lorsqu'une branche de l'industrie comporte un service public, cela ne veut pas dire qu'elle est monopolisée par une personne publique : L'enseignement est donné à la fois par l'Etat et par les particuliers.

Enfin, et c'est le résultat de la jurisprudence qui distingue utilité publique et service public, si ce sont toujours des personnes publiques qui organisent des services publics, cela ne veut pas dire que toute l'activité industrielle de ces personnes ne puisse se manifester que sous la forme de services publics. Les manufactures de porcelaines de Sèvres ou de tapisserie des Gobelins, pas plus que les entreprises de gestions théâtrales ne sont des services publics (2).

On voit ainsi qu'on ne peut s'attacher, pour définir le service public, ni à la nature du besoin satisfait, puisque l'industrie privée pourvoit à la satisfaction de certains besoins qui sont essentiellement d'intérêt général, ni à la qualité de la personne qui organise le service puisque, dans certains cas, les personnes publiques usent de procédés privés.

Mais alors une nouvelle question se pose : A quoi

(1) V. Cons. d'État 18 juil. 1913. Syndicat nation. des chemins de fer.

(2) V. Cassation chambre civ. 12 juin 1901. État c. Dessaner — Sur tout ce qui concerne la définition du service public. V. Gaston Jèze : Cours de droit Public, 1921 p. 69 et suivantes,

reconnaître qu'il y a service public ; c'est-à-dire qu'il y a compétence de la juridiction administrative ? A cette question, il ne peut y avoir qu'une réponse : Il y a service public chaque fois que l'intention des gouvernants chargés d'organiser le service a été de lui donner la forme juridique de service public. Cela se trouve d'ailleurs nettement affirmé par le commissaire du Gouvernement dans l'affaire Astruc qui déclare : « ... la notion de service public est une notion en quelque sorte subjective ; elle dépend, pour la plus grande part, de l'intention de l'autorité chargée d'organiser le service ».

Voici donc le point où nous en sommes arrivés : la juridiction administrative est compétente pour statuer sur les difficultés soulevées par les marchés de travaux ou de fournitures passés par l'Etat, chaque fois que la prestation aura été exécutée en vue du fonctionnement d'un service que les gouvernants auront qualifié de service public. Cette jurisprudence montre bien que ce n'est pas la nature d'un acte qui donne compétence, à son égard, à l'autorité judiciaire ou à l'autorité administrative ; mais le but dans lequel il a été passé. Et si l'on reproche à ce critérium de n'être pas juridique, on n'en diminuera pas la valeur car, comme nous nous sommes attachés à le mettre en lumière dans la première partie de notre étude, ce ne sont pas des considérations juridiques, mais des considérations politiques, qui dominent l'existence et l'évolution de la juridiction administrative.

C'est donc d'après l'intention des gouvernants que se répartissent les compétences. Dans une affaire récente du 23 décembre 1921 (Société Générale d'arme-

ments (1), cela se trouve tout particulièrement marqué. Il s'agit d'un litige né sur un contrat de fournitures dans lequel l'État intervient comme assureur : Un voilier, « le Général Boideffre », appartenant à la Société Générale d'armements, disparut le 15 août 1914 à la suite d'un sinistre subi par lui au large de Penmarch.

Son propriétaire attribua le naufrage à un torpillage. Or, les décrets des 11 et 13 août 1914, qui furent ratifiés par la loi du 10 avril 1915 venaient d'organiser un service public d'assurance maritime, dans lequel l'État se faisait assureur des risques de guerre au profit du navire déjà assuré par ailleurs pour les risques de mer.

La Société Générale d'Armements, considérant qu'il y avait là service public et se fondant sur la jurisprudence antérieure qui attribuait au Conseil d'État, en application du décret de 1806, la connaissance des litiges nés sur les marchés de fournitures intéressant les services publics, porta une demande en dommages et intérêts contre l'État devant le Conseil d'État. Plus de six ans plus tard, le 23 décembre 1921, celui-ci déclina sa compétence conformément aux conclusions déposées par le commissaire du Gouvernement Mons-Rivet. Celui-ci s'efforce de dégager la volonté du législateur. Son raisonnement peut se résumer ainsi : « Sans doute, la loi du 10 avril 1915 organise un service public d'assurance maritime contre les risques de guerre ; c'est pourquoi, normalement, le Conseil d'État devrait se reconnaître compétent ; mais il résulte des dispositions de la loi que si l'intention du législateur a bien été d'organiser un service public, il

(1) Rapporté dans la « Revue de droit public », page 74, année 1922.

a estimé que, pour faire donner son rendement maximum à ce service, les usagers de celui-ci devaient être placés vis-à-vis de lui dans une situation juridique identique à celle dans laquelle se trouvent placés les particuliers vis-à-vis d'entrepreneurs privés fournissant des prestations analogues, et par suite la compétence judiciaire devait être reconnue. »

Pour préciser la portée de ce raisonnement, qui ne manque pas de subtilité, le commissaire du Gouvernement élabore une théorie nouvelle que le Conseil d'Etat a pleinement admise dans le texte de son arrêt : Si, jusqu'à présent, on a rattaché la compétence administrative à l'existence d'un service public, c'est qu'en général un tel service exige, pour fonctionner, que dans les contrats passés à son occasion, on insère des stipulations dérogeant au droit commun ; mais si de telles stipulations ne sont pas nécessaires, si les clauses des contrats administratifs peuvent être les mêmes que celles que l'on trouve dans les contrats similaires du droit privé, alors rien n'oblige à reconnaître la compétence administrative, et les tribunaux judiciaires doivent être saisis du litige.

N'est-ce pas reconnaître que la notion de service public est, par elle-même, insuffisante à fonder la compétence administrative, c'est-à-dire qu'elle ne constitue pas le véritable critérium permettant d'opérer la répartition des compétences ?

Mais c'est aller plus loin encore, car faire de l'intention du législateur l'unique raison d'une attribution de compétence, sans rattacher cette intention à aucun système, c'est rendre à la juridiction administrative tous ses caractères d'institution fondée sur l'arbitraire.

Nous verrons d'ailleurs, par l'étude de répartition

des compétences en matière de litiges soulevés par l'exécution des contrats passés par les autres personnes administratives différentes de l'Etat, que les faits semblent s'opposer à une autre conception de la nature de cette institution.

CHAPITRE III

LA JURISPRUDENCE ET LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES EN CE QUI CONCERNE LES LITIGES NÉS SUR LES CONTRATS PASSÉS PAR LES DÉPARTEMENTS, LES COMMUNES, LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS.

Nous pouvons grouper dans une même étude les recherches relatives au contentieux des contrats passés par ces trois sortes de personnes morales administratives.

Les contentieux divers présentent, en effet, la même caractéristique générale, et ont été traités de façon identique par la jurisprudence : ce qui les rapproche essentiellement, c'est qu'il n'existe aucun texte ni pour l'un ni pour l'autre, en attribuant la connaissance à l'une ou l'autre juridiction.

C'est la jurisprudence seule qui a fixé à leur sujet la répartition des compétences, en s'attachant tantôt à assimiler ces personnes morales secondaires à des personnes privées, tantôt au contraire, en s'efforçant de ne voir que leur caractère public.

Nous étudierons donc, dans les mêmes paragraphes, l'évolution de la jurisprudence au sujet des litiges soulevés par l'exécution des contrats passés par ces diverses personnes administratives.

§ 1^{er}. — LES CONTRATS DE VENTE ET D'ÉCHANGE

Tandis que la commune est une des plus anciennes personnes morales publiques, puisque déjà, sous l'ancien Régime, elle possédait son patrimoine propre, le département, de création relativement récente en tant que circonscription administrative, n'a pas, dès sa constitution, possédé la personnalité. Le Code civil n'en parle pas, alors qu'il mentionne celle des établissements publics (art. 2127 et 2227). La loi de l'an VIII avait refusé aux Conseils généraux le droit de prendre des décisions exécutoires, et les décrets de 1811 n'ont pas été suffisants pour reconnaître aux départements la personnalité morale. Celle-ci ne leur fut définitivement accordée que par la loi du 10 mai 1838, dont l'article 4 confère à leurs représentants le pouvoir de décision dans la gestion du patrimoine départemental (1).

La loi de Pluviôse an VIII, en attribuant au Conseil de Préfecture la connaissance du contentieux relatif aux ventes du domaine national, reste muette en ce qui concerne la détermination de la juridiction compétente pour statuer sur les litiges relatifs aux ventes des biens des autres personnes publiques.

Aussi le principe est-il que la juridiction judiciaire est compétente pour connaître du contentieux de ces ventes, sauf pour les questions préjudicielles relatives, par exemple, à l'accomplissement des formalités d'adjudication, ou à l'obtention des autorisations re-

(1) Voir Berthélemy « *Traité élémentaire de droit administratif* » 9^e éd. 1921, p. 570 et 571.

quises par la loi, dont la connaissance est réservée à la juridiction administrative.

Une difficulté s'est cependant présentée à l'origine à propos du partage des communaux ordonné par la loi du 14 août 1792. Les contestations relatives à ces partages furent confiées à la connaissance des tribunaux administratifs, aussi bien sous le régime de partage obligatoire de 1792 que sous celui de partage facultatif établi en juin 1793 (1).

L'interdiction des partages gratuits qui fut définitivement établie après la loi du 9 ventôse an XII par l'avis du Conseil d'Etat du 16 mars 1838 (Voir Cons. d'Et., 13 février 1914, Dal. 1920-3-21), mit fin à l'intervention des tribunaux administratifs dans la gestion des biens communaux. Les difficultés entraînées par les partages onéreux qui ne sont, en somme, que des ventes à l'amiable où seuls peuvent acquérir les ayants-droit à la jouissance, furent confiées aux tribunaux judiciaires (2). Le Conseil de Préfecture se réserve uniquement la connaissance de l'aptitude des ayants-droit (3).

§ 2. — LES BAUX

Si, comme nous l'avons vu, la compétence judiciaire est reconnue en matière de procès relatifs aux baux passés par l'Etat, elle est naturellement, et à *fortiori*, de règle pour les litiges soulevés par l'exé-

(1) Voir de Cormenin « Questions de droit administratif » 4^e édition 1837, t. 2. p. 91, et Cons. d'Etat 29 décembre 1812. Pernet 11 janvier 1813 hab. de Villy, contre hab. de Sens-Beaujeu.

(2) Voir Cons. d'Et., 4 août 1864 Bellinet et récemment 11 mai 1917 Dal. 1929-3-22.

(3) Voir Cons. d'Et. 2 déc. 1904. Chambourtière et 3 mars 1905 Aumenier.

cution des baux passés par les autres personnes morales publiques.

La jurisprudence est constante sur ce point, même lorsqu'il s'agit de contrats un peu spéciaux, comme les concessions de terre dans les cimetières (1).

Ce qui a déterminé la jurisprudence à se fixer dans ce sens, sur les difficultés entraînées aussi bien par l'exécution des ventes que par l'exécution des baux, c'est l'absence de texte attributif de compétence. Elle a pu ainsi affirmer, dans presque tous ses arrêts et le sous-entendre dans les autres, que le droit de propriété, en général les droits immobiliers, étaient civils par nature.

Mais la jurisprudence n'a pas toujours interprété le silence des textes en faveur de la compétence judiciaire. C'est ce qui résulte de la suite des arrêts rendus sur les marchés de travaux publics et les marchés de fourniture passés par les départements, les communes et les établissements publics. C'est d'ailleurs la partie de la jurisprudence dont l'étude offre le plus d'intérêt.

§ 3. — LES MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS

A la vérité, à leur sujet, il existait bien un texte attributif de compétence : celui que nous avons déjà rencontré, l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Mais ses dispositions étaient si larges qu'il permettait les interprétations les plus diverses car, s'il déclarait compétent le Conseil de Préfecture sur le contentieux relatif aux travaux publics, il ne précisait pas ce qu'il

(1) Voir Trib. des Conf. 21 nov. 1896 Régère. Cour de Cas. 19 janv. 1875 Lamm. et Consorts. Cour de Paris 4 juil. 1884. Dal. 85-2-211.

fallait entendre par travail public et, en particulier, il n'indiquait pas si les ouvrages, autres que ceux de l'État, pouvaient avoir ce caractère.

Or, c'est sur ce point qu'ont porté les hésitations de la jurisprudence qui semblent s'être définitivement fixées en faveur de l'affirmative.

L'histoire de l'évolution jurisprudentielle peut se diviser en trois grandes périodes, dont la première s'étend de la Révolution à 1815, la seconde de 1815 aux environs de 1840, enfin la troisième de 1840 à nos jours (1).

Dans la première période qui intéresse uniquement le contentieux communal, le Conseil d'État reconnaît le caractère de travaux publics et, partant, la compétence administrative sur les difficultés qu'entraîne l'exécution des contrats passés à leur sujet, aux travaux exécutés par les communes dans l'intérêt général de leurs habitants. C'est ainsi qu'il statue par exemple dans le décret au contentieux du 7 février 1809 : « Les ouvrages qui ont pour objet l'utilité publique, tels que les monuments dont il s'agit, sont compris sous le nom de Travaux publics (2) », et dans celui du 12 mars 1811 relatif à l'affaire Vernier, où il s'agit d'ouvrages d'adduction d'eau exécutés par une commune.

La deuxième période qui s'ouvre aux alentours de 1815 voit, au contraire, le Conseil d'État prendre des décisions nettement opposées à celles que nous venons de rapporter. Il abandonne aux tribunaux judiciaires la connaissance de toutes les difficultés soulevées par

(1) Voir Christophle (Traité théorique et pratique des travaux publics) 2^e éd. 1889.

(2) Voir Cons. d'Ét. Maire de Marseille contre Chardigny dans « La jurisprudence du Cons. d'Ét. (1806-1816) de Sirey t. 1, p. 259 et Vernier id. page 477.

les travaux des communes, quel qu'en soit l'objet, sans d'ailleurs donner le moindre motif de son revirement soudain.

A propos d'un procès intenté par un entrepreneur chargé de l'entretien du pavé de la ville à la commune de Gray (1), il s'exprime ainsi dans les considérants du décret qui renvoyait l'affaire devant les tribunaux judiciaires : « L'entretien du pavé de Gray étant à la charge de cette ville, le marché passé par l'administration municipale et le sieur B..., est un contrat ordinaire pour l'exécution duquel cette administration est soumise, comme les particuliers, à la juridiction des tribunaux. » Même solution a été donnée à propos d'une contestation élevée entre la commune d'Anglès et l'entrepreneur chargé de la construction d'une église catholique et d'un temple protestant, alors qu'à cette époque, le service de religion était considéré comme d'utilité publique, comme un service public. L'affaire a été renvoyée à la connaissance des tribunaux ordinaires car, « dans l'espèce, il ne s'agissait pas de travaux publics, mais d'une adjudication d'ouvrage entre une commune et un particulier (2). »

Cependant, on s'aperçut vers cette époque que le décret du 10 brumaire an XIV, dont l'application avait été étendue aux communes par le décret impérial du 17 juillet 1808, imposait, pour l'adjudication des travaux communaux, l'accomplissement de certaines formalités administratives et, entre autres, l'obtention d'autorisations préfectorales ou ministérielles. Il apparut ainsi au Conseil d'État que l'on pourrait soutenir qu'en droit la juridiction administrative devait connaître de toutes les contestations résultant d'adju-

(1) V. Cons. d'Ét. recueil Lebon T. 2 (1816-1820) page 291.

(2) Voir Cons. d'Ét. 17 avril 1822 Lebon 1822 t. 1, p. 346.

dications publiques, sous peine de soumettre à l'autorité judiciaire l'appréciation d'actes administratifs. Dès lors, on trouve une majorité d'arrêts sur les travaux publics communaux reconnaissant la compétence administrative (1), sans que, d'ailleurs, l'unanimité se soit faite sur ce point dans la jurisprudence (2).

C'est que ce revirement ne reposait pas sur une base solide.

La question n'était pas ainsi posée sur son véritable terrain; car, les formalités entourant la passation des marchés ne peuvent en rien indiquer le caractère public ou privé des travaux qui dépend uniquement du but en vue duquel ils ont été effectués (3).

De plus, si l'on craignait de soumettre un acte administratif à la connaissance des tribunaux judiciaires en les laissant statuer sur les marchés de travaux des communes, on pouvait fort bien faire des difficultés relatives à l'observation des formalités dont ils doivent être entourés de simples questions préjudicielles, de la seule compétence des tribunaux administratifs. Les arrêts de 1823 et de 1824 n'invoquaient donc pas de motif sérieux en faveur de la compétence des Conseils de Préfecture.

Par contre, vers 1840, on voit une autre considération invoquée en faveur de la compétence administrative pour les difficultés relatives à l'exécution des marchés de travaux des communes ou des départements qui venaient de prendre définitivement rang de personnes morales. Comme critérium du caractère

(1) Voir Cons. d'Ét. 24 décembre 1823 Jullien. — 24 mars 1824 Dufour. — 13 juillet 1825 Commune de Coges. — 17 Octobre 1825 Mathurel. — 7 déc. 1825 Pierron. — 16 décembre 1830 Souchon.

(2) Voir Cons. d'Ét. 31 décembre 1831 Bernard.

(3) Voir plus haut ce que nous avons vu à propos des travaux publics de l'État.

public d'un travail, on envisage le but dans lequel il doit être exécuté. Un but d'utilité publique entraîne la compétence administrative. Telle est la décision du Conseil d'Etat à propos de l'affaire commune de Rhetouse (1). « Considérant que les travaux de construction de la fontaine, de la mairie, de la maison d'école de la commune de Rhétouse ont été faits dans un but d'utilité publique », la Haute Assemblée donne la connaissance du procès à la juridiction administrative.

Même solution, le 8 juillet 1840, dans une affaire ville du Havre à propos de la construction d'un entrepôt réel qui, « par sa nature et sa destination a le caractère de travaux publics ».

Le résultat de ce revirement jurisprudentiel a été de soustraire immédiatement la quasi-totalité des litiges relatifs aux travaux communaux à la connaissance des tribunaux judiciaires, car, on interpréta de très large façon la notion d'utilité publique. — Il est vrai que le Gouvernement poussa alors à l'extension de la compétence administrative.

Voici, en effet, un extrait de la circulaire du 26 décembre 1844 adressée aux préfets par le ministre de l'Intérieur ; après avoir indiqué que, trop souvent, les communes portaient devant les tribunaux civils les contestations nées de l'exécution de leurs marchés de travaux publics, le Ministre écrit : « Vous devez, Monsieur le Préfet, veiller avec soin à ce que, dorénavant, le jugement de ces sortes de contestation ne soit pas enlevé à l'autorité administrative... Pendant longtemps, il a été fort difficile de discerner les con-

(1) Voir Cons. d'Ét. le 22 mai 1840. Com. de Rhétouse rec. page 151 et aussi 2 sep. 1840 le Mans, — 23 Août 1843 com. de Mesnilard. Construction d'un presbytère et d'une école, etc. etc.

testations soumises à la juridiction administrative de celles dont la connaissance appartient aux tribunaux ordinaires, mais la jurisprudence qui s'est établie, depuis plusieurs années au Conseil d'Etat, en matière de travaux communaux, a rendu cette appréciation beaucoup moins incertaine. Ce n'est plus seulement dans les formes variables de l'approbation et de l'adjudication des travaux communaux que l'on cherche s'ils ont ou non le caractère de travaux publics, mais bien dans l'objet ou la destination même de ces travaux. Ils sont réputés publics lorsqu'ils ont une utilité plus ou moins générale, mais directe...

Tous les travaux communaux qui ne s'appliquent pas à un bien réputé patrimonial, c'est-à-dire qui ne profitent pas à la commune en tant que propriétaire privé, doivent être considérés comme travaux publics (1). »

La jurisprudence ainsi résumée par la circulaire ministérielle fut d'ailleurs étendue aux travaux départementaux par un arrêt de la Cour de Paris du 9 mars 1846 qui déclare qu'il appartient à l'autorité administrative de statuer sur les contestations auxquelles ont donné lieu les travaux de déblai exécutés pour la construction et la réparation d'une route départementale (2).

Vis-à-vis des établissements publics, la jurisprudence a suivi un cours identique. La loi du 23 décembre 1809 assimilait formellement leurs travaux aux travaux publics : « tous les travaux qu'un hospice aura faits, en vertu de la présente loi, seront... reçus et payés comme des travaux publics nationaux ».

(1) Voir circulaire du Minis. de l'Intérieur 26 déc. 1844. Dal. 1845-3-181.

(2) Voir Cour de Paris 9 mars 1846 Lemarié. Dal. 1846-4-497.

Mais cette loi fut, suivant les époques, appliquée avec plus ou moins d'extension. Dans l'affaire Mathurel du 17 octobre 1825, le Conseil d'Etat se refusa à reconnaître le caractère public à des travaux effectués par les hospices de Paris sous prétexte qu'ils n'avaient pas été revêtus des formes administratives. Par contre, comme pour ceux des communes et des départements vers 1840, on reconnut le caractère public des travaux des établissements publics, et, par suite, la compétence administrative pour les litiges soulevés par les contrats passés à leur sujet. C'est ainsi que statua le Conseil d'Etat comme juge des conflits le 27 mai 1848 dans une affaire Deplace et Mantas contre Fabrique de l'Eglise de Lavalla; même décision le 29 novembre 1865, etc...

Nous devons remarquer qu'en ce qui concerne la répartition des compétences en matière de litiges nés sur les contrats de travaux publics passés par les communes, les départements et les établissements publics, la part de la juridiction administrative est plus grande que celle qui lui est faite sur la même matière, quand il s'agit de marchés passés par l'Etat. Rarement, en effet, les travaux des communes sont réputés ne pas avoir le caractère public. Il semble que l'on veuille uniquement considérer l'utilité des travaux et non pas leur rattachement à un service public, suivant le sens donné à ce terme par la jurisprudence en cours pour l'Etat. Et le critérium d'utilité publique permet les plus larges interprétations. Sans doute, nous avons rencontré quelques espèces où l'on refusait à des travaux communaux ou à des travaux d'établissements publics, le caractère public. On peut citer, par exemple, une affaire Ministre de l'Agriculture du 15 janvier 1886 où le Conseil d'Etat décline

la compétence administrative au sujet d'un litige soulevé par l'exécution d'un marché de travail à effectuer dans une forêt communale, — et aussi plus près de nous l'affaire Astruc, dont nous avons déjà eu l'occasion de parler, du 7 avril 1916, dans laquelle le Conseil d'Etat refusa d'admettre la compétence administrative dans un procès relatif à une concession de travaux de construction d'un théâtre.

Mais les faits contraignent, semble-t-il, à reconnaître que ces décisions sont exceptionnelles, et que, malgré l'autorité des juristes qui les ont appuyées, le Conseil d'Etat s'est refusé à les considérer comme des décisions de principe. C'est ainsi que, le 11 mai 1920, il reconnaissait qu'une difficulté soulevée par un marché de construction d'abattoir, passé par une commune, rentrait dans le contentieux administratif (Rec. 1920; Angers, page 464), et surtout qu'il affirmait, le 5 août suivant, la même compétence dans une affaire relative à des travaux de réfection du théâtre de Bordeaux (1).

On est donc en droit de dire, en se fondant sur la jurisprudence la plus récente, qu'en principe toutes les fois qu'un département, une commune ou un établissement public, passent un marché de travail — même irrégulier dans la forme (2) — la compétence, en ce qui concerne la connaissance des difficultés soulevées par l'exécution de ce contrat, sera administrative.

(1) Voir Cons. d'Ét. Ville de Bordeaux 5 août 1920 et aussi Fourton contre ville de Troyes 2 juil. 1919 page 591.

(2) Voir Cons. d'Ét. 1895 Le Breton — Faucheu — Sirey 1896-3-3 et Trib. des Confl. 26 mai 1894 de Gasté S. 96-3-33- et 2 mars 1901 dame Lacaille (S. 1903-311).

§ 4. — LES MARCHÉS DE FOURNITURES

Le décret du 11 juin 1806, qui attribue la connaissance des procès relatifs aux marchés de fournitures à la juridiction administrative, ne parle que des marchés passés par les ministres ou en leur nom, sans spécifier si le Conseil d'Etat aurait également à connaître des difficultés soulevées par l'exécution des contrats de même nature passés par d'autres personnes publiques, que l'Etat. Aussi, jusqu'à une époque récente, a-t-il été de jurisprudence absolument constante de confier aux tribunaux judiciaires la connaissance de ces derniers litiges. —

Cependant, nous avons rencontré une espèce (1) antérieure, il est vrai, au décret de 1806, qui déclare qu'une contestation relative à un marché passé par une commune pour la fourniture de motifs de décoration nécessaires à la célébration de la fête nationale, constitue un litige dont les tribunaux judiciaires pouvaient seuls connaître. Les considérants de ce décret mentionnent uniquement, pour motiver la solution qu'il donne, le principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'il était formulé par les lois du 24 août 1790 et du 16 fructidor an III. C'est aussi en s'appuyant uniquement sur ces textes, mais en leur donnant une interprétation plus restrictive, que le Conseil d'Etat s'est efforcé d'opérer, en 1903, lors de l'affaire Terrier, un revirement de la jurisprudence, destiné à rendre à la juridiction administrative la connaissance de l'exécution de tous les marchés de fournitures.

(1) Voir Cons. d'Ét. 16 avril 1804 (26 germinal an XII) Finikel contre Laguerre. Recueil tome 1. Page 26,

Jusque-là, l'effort de la jurisprudence avait porté seulement sur l'extension de la notion de travail public qui lui avait permis de reconnaître le caractère administratif d'un marché, dès qu'un travail quelconque était joint à la fourniture. C'est ainsi que les marchés d'éclairage, surtout lorsque les communes se sont mises à utiliser le gaz qui nécessite des travaux de canalisation, ont été confiés à la connaissance des tribunaux administratifs, sous le nom de marchés de travaux publics.

En dehors de ces exceptions, de 1806 à 1903 se succèdent, tant pour les communes que pour les établissements publics et les départements, des espèces dans lesquelles l'absence de texte est invoqué pour donner aux tribunaux judiciaires la connaissance du contentieux des marchés de fournitures (1).

Entre temps, le 8 février 1873, était intervenu un arrêt Blanco (Rec. 1873, 1^{er} suppl., page 61) qui, bien qu'il n'ait pas été rendu à propos d'un litige contractuel, mais quasi-délictuel, présente pour notre étude un intérêt tout à fait premier plan. C'est à son occasion, en effet, que M. le Commissaire du Gouverne-

(1) Voir (A) *pour les communes. Cons. d'Et.* 13 juillet 1825 — Lessage. 27 août 1828 — Com. de Dol. contre Delorme-Villedaulé. — 10 juin Culhat-Chassis et 8 nov. 1829 Delahaye. — 29 août 1834 Lambin. — 8 juin 1850 Com. d'Étais. — 28 Février 1859 Delpy. — 18 janvier 1861 Lamothe. — 12 décembre 1868 Clément. — 7 sept. 1869 Com. de Maxey. — 3 Mars 1876 Dencausse. — 2 Fév. 1877 Lefèvre. — 7 mai 1881 Pérot. — 7 octobre 1884 Ville de Paris. — 28 mars 1888 commune de Saissac. — *Tribunal des Conflits* 16 nov. 1901 dame Moreau contre commune d'Harmman-Bou-Hadjar.

(B) *Pour les départements. Cons. d'Et.* 17 juil. 1896 Clouzard. — 11 mars 1898 Blanqui.

(C) *Pour les Etablis. Publ. Cons. d'Et.* 21 décembre 1853 Hospice de Vannes. — 22 juin 1854 Menier cont. Hosp. de Paris. — 20 décembrs 1860 Cavailhé, — Coll. cont. Fabrique de l'église St Merry.

ment David (1) a formulé, avec une énergie qui n'a pas été maintenue après lui, la théorie selon laquelle la notion de service public serait le critérium de la répartition des compétences entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs; et cela par interprétation directe du principe général de la séparation des pouvoirs. C'était considérer les tribunaux administratifs comme des juges de droit commun, ayant une compétence propre et générale que l'absence de texte, bien loin de détruire, devait au contraire confirmer.

C'est ainsi qu'a jugé le Conseil d'Etat, le 6 février 1903, à propos de l'affaire Terrier. Pour la première fois, depuis tout près d'un siècle, la connaissance d'une contestation relative à l'exécution d'un marché de fournitures passé par une personne distincte de l'Etat, était confiée à la compétence de tribunaux administratifs : Le Conseil général de Saône-et-Loire avait voté un crédit destiné à être réparti sous une forme de primes à la destruction des vipères. Mais la somme allouée par le budget départemental fut si largement dépassé que le Préfet se refusa à continuer la distribution des primes. Le sieur Terrier, prétendant que la promesse du département était une offre, soutint que le refus par le Préfet de liquider les

(1) Le Commissaire du gouvernement David n'hésitait pas, dans son système, à étendre la compétence adm. à tous les procès relatifs au fonctionnement des services pub. même s'ils intervenaient à propos de l'exécution de contrats jusqu'alors réputés être par nature de droit privé, même s'ils intervenaient à propos de questions de propriété : « Cela veut dire, écrit-il, en effet, qu'ils (Les tribunaux judiciaires) sont radicalement incompétents pour connaître de toutes les demandes formées par l'administration à raison des services publics... et il en était ainsi, Messieurs, alors même qu'il s'agissait d'une mainmise par l'administration *sur la propriété privée*, car ce sont des lois spéciales qui, depuis 1810, ont attribué à l'autorité judiciaire le règlement de l'indemnité en cas d'expropriation. »

primes auxquelles il prétendait avoir droit, constituait un manquement à un engagement contractuel.

Il demanda alors au Conseil de Préfecture de condamner le département à exécuter son contrat. Le Conseil s'étant déclaré incompétent, l'affaire vint au Conseil d'Etat qui, sur les conclusions de M. Romieu, en retint la connaissance et donna raison au demandeur.

Le Commissaire du Gouvernement fit application à la cause des principes formulés lors de l'affaire Blanco : « Toutes les actions, dit-il en effet, entre les personnes publiques et les tiers ou entre les personnes publiques elles-mêmes et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public sont de la compétence administrative et relèvent, à défaut d'un texte spécial, du Conseil d'Etat, juge de droit commun du contentieux de l'administration publique générale ou locale ». Or, la destruction des vipères constitue un service public qui avait même été prévu par la loi départementale de 1838, qui fait rentrer dans la police et l'hygiène, la destruction des animaux nuisibles. « C'est un service public pour lequel le Conseil général aurait pu créer des agents spéciaux, tandis qu'il a préféré procéder par voie de primes offertes à des particuliers. » La compétence doit donc être administrative.

Il semble qu'après un arrêt aussi précis et aussi formel, le critérium certain ait enfin été trouvé qui permette de fixer la répartition, si longtemps hésitante, des compétences. La notion de service public semble être définitivement le critérium choisi.

Malheureusement, dans les conclusions mêmes du Commissaire du Gouvernement, on trouve cette phrase inquiétante : « Il peut se faire que l'adminis-

tration, tout en agissant non comme personne privée, mais comme personne publique, et dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique et se place volontairement dans les conditions du public » et, dans ce cas, la compétence judiciaire s'impose. Or, il faut remarquer que ce n'est pas par une clause même du contrat que l'administration pourra se soustraire à la compétence des tribunaux administratifs. L'observation des compétences est, en effet, une règle d'ordre public, ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence déjà vieille d'un siècle (1). Ce sont donc uniquement les dispositions des lois organisant les services publics qui permettront de voir si c'est bien dans cette dernière conditions dans lesquelles a contracté l'administration. Mais bien rares sont les textes de cette nature stipulant expressément une attribution juridictionnelle; aussi, est-ce le plus souvent à l'interprétation des textes qu'il faudra avoir recours pour connaître les conditions dans lesquelles a contracté l'administration. Et les faits prouvent que l'on a tellement usé de cette faculté d'interprétation réservée dans les conclusions déposées lors de l'affaire Terrier, que les principes posés par le Commissaire du Gouvernement de l'arrêt Blanco, et la théorie qu'il a essayé de dégager, ne peuvent pas être considérés actuellement comme donnant la répartition des compétences.

Sans doute on rencontre, le 4 mars 1910 (2), à propos d'un marché de fournitures passé par la ville de Montpellier, un arrêt reconnaissant la compétence administrative fondée sur la notion de service public.

(1) Voir à ce sujet de nombreux arrêts parmi ceux que nous avons déjà rapportés.

(2) Voir Cons. d'Ét. 4 mars 1910 — Thérond.

Mais depuis lors, nous n'avons pas trouvé de décision faisant application de ce critérium. Par contre, on peut citer de multiples espèces, où, bien qu'il s'agisse de difficultés relatives au fonctionnement de services publics, la compétence judiciaire a été affirmée (1).

(1) Se rappeler à ce sujet l'affaire du « général Boisdeffre », et voir : Cons. d'Ét. 31 juil. 1912. Société des granits porphyroïdes des Vosges. — 12 janvier 1914 Rochette. — 26 mars 1918 Deshayes. — 7 juin 1918 dame Longuelanne contre hospices civils du Mans.

LIVRE TROISIÈME

Les Théories — Conclusion

Nous venons ainsi de parcourir l'histoire de la jurisprudence en ce qui concerne la répartition des compétences au sujet de litiges soulevés par l'exécution des principaux contrats passés par les personnes administratives.

De cette suite d'espèces qui sont les faits de la science juridique, quelles constatations pouvons-nous dégager ?

Une d'abord ; c'est l'instabilité de la jurisprudence. Sans doute, partout où il y a vie, il y a mouvement et changement, et nul ne saurait s'étonner de voir la jurisprudence évoluer à mesure que se développe le cours de la vie sociale à laquelle elle est si intimement unie. Mais on est en droit de se demander si sa marche n'a pas été plus brusque qu'il n'aurait été nécessaire pour qu'elle pût demeurer en accord avec les événements. Et il semble impossible de

répondre à cette question autrement que par l'affirmative. Qu'y avait-il de changé, en effet, entre 1852 et 1884, pouvant justifier le brutal revirement jurisprudentiel qui retirait aux tribunaux administratifs la connaissance des difficultés relatives à la construction de routes forestières? Entre 1866 et 1904, pourquoi l'expropriation cessa-t-elle d'être le criterium permettant de reconnaître la publicité d'un travail? — Qu'y avait-il eu de nouveau entre le 8 février (Dufour), et le 6 août 1829 (Beaudoin) pour que, d'une date à l'autre, le Contentieux des baux de bacs cessât d'être administratif pour être judiciaire? — Enfin pourquoi, entre le 25 avril 1834 (Ancel) et le 16 juillet 1840 (Miozé) ce même Contentieux cessant d'être judiciaire redevint-il administratif?

Nul n'hésite à distinguer un procès pénal d'un procès civil; pourquoi est-il donc tellement difficile de reconnaître avec certitude qu'un procès est ou non administratif?

Mais de la suite des arrêts rapportés, nous devons aussi dégager le sens des efforts accomplis par la jurisprudence pour mettre en lumière un criterium possible de répartition entre le Contentieux administratif et le Contentieux judiciaire.

L'incertitude où la laissent les textes, rendit, dès l'origine, fort difficile la tâche de la jurisprudence. Les formules générales et imprécises des lois de 1790 ne donnaient, en effet, aucun moyen de reconnaître ce qu'elles appelaient les actes de l'administration. Le Directoire essaya, dans son arrêté du 2 Germinal an V, que nous avons déjà rapporté, d'interpréter les textes en reconnaissant le caractère administratif « à toutes les opérations qui s'exécutent par les ordres du gouvernement, par les agents immédiatement sous sa

surveillance, et avec les fonds fournis par le Trésor public ».

C'était déclarer que toutes les manifestations juridiques de l'Etat et, par extension, des autres personnes morales publiques, et en particulier tous les contrats où ils étaient parties devaient, s'il s'élevait à leur égard quelques difficultés, être soumis uniquement à la connaissance de la juridiction administrative.

Et ce n'était pas, nous semble-t-il, une mauvaise interprétation des textes de 1790, bien qu'elle fut très large. Elle avait le précieux avantage d'être, par sa clarté, accessible à tous les plaideurs et ses termes généraux préservaient les tribunaux administratifs de toute suspicion de répartition arbitraire. De plus, elle répondait au besoin de classification et de symétrie de l'esprit humain : il y avait des tribunaux judiciaires connaissant des difficultés où étaient en cause les personnes privées, il était logique, puisqu'il existait des tribunaux administratifs, de leur confier la connaissance des litiges où les personnes publiques étaient parties. D'ailleurs, la jurisprudence fut, à son début, fidèle à la définition du Directoire. Le Contentieux administratif des contrats connut alors son développement maximum (1).

Ce fut justement à cause de cette extension considérable, que l'on a été conduit à abandonner une répartition aussi avantageuse et simple des compétences. La juridiction administrative, au début du XIX^e siècle, alors que l'Empereur était dans la plénitude de son

(1) Voir pour les ventes jusqu'à 1811 Viard c. Souhait, — pour les baux jusqu'à 1810 Magrelli, — pour les concessions de bac jusqu'à 1829 Beaudoin, — pour les marchés de travaux publics et de fournitures intervenaient des textes spéciaux largement interprétés.

pouvoir, n'offrait peut-être pas de suffisantes garanties d'impartialité. De plus, d'excellents esprits, accoutumés à l'exactitude et à la subtilité juridique, se refusaient à admettre que des contrats de même nature, portant sur des biens semblables, devraient être interprétés, uniquement suivant la qualité des parties, par des tribunaux d'ordre différent.

A la seule pensée que la connaissance des contrats et des baux passés par les communes pourraient être confiés aux tribunaux administratifs, Merlin, procureur général à la Cour de Cassation, s'indignait dès l'an XII, en ces termes : « Ce sont là des idées nouvelles, parlons plus juste, des idées bizarres qui répugnent à toutes les notions reçues, et qui révoltent le bon sens. »

Ce qui était essentiellement contraire aux notions reçues par tradition de la période monarchique, c'était de faire de la juridiction administrative une juridiction de droit commun, égale, bien que s'exerçant dans un milieu différent, de la juridiction judiciaire. Le « bon sens », pour tous les juristes avertis des choses du passé, commandait qu'on en revienne à considérer les tribunaux administratifs comme des tribunaux d'exception.

L'année 1810 marque, en gros, le retour à cette traditionnelle conception. Désormais seraient seulement soumises aux tribunaux administratifs, les contestations pour lesquelles intervenait un texte attributif de compétence, telles que celles nées à l'occasion des ventes domaniales, des travaux publics, des marchés de fournitures et des baux de sources thermales intéressant l'État. On entraînait ainsi dans la voie de l'interprétation des textes, ou plutôt, au début de l'application de ce système, on appliquait simplement

les textes à la lettre, sans se préoccuper de dégager un principe de répartition quelconque. Mais, aussi minutieusement qu'ils puissent être rédigés, les textes ne sauraient s'appliquer sans interprétation à l'infinie diversité des cas qu'offre la pratique. Le revirement de 1810 eut pour résultat, que, dorénavant, cette interprétation serait faite en tenant scrupuleusement compte du caractère exceptionnel de la juridiction administrative.

Ce qu'il faut bien remarquer, c'est que cette jurisprudence n'est pas fondée sur des textes formels, mais qu'elle n'a pu s'appliquer que par suite de l'absence de texte ne disposant pas autrement. Et cela nous conduit à nous demander quelles sont les théories dans lesquelles elle trouve son origine.

Mais cette interprétation restrictive, que le silence ou le laconisme des textes avait autorisé, s'est heurtée à deux prescriptions formelles de la loi, relatives aux marchés de fournitures et de travaux publics. Avec le développement des services industriels de l'Etat et des personnes publiques, le contentieux régi par ces textes a pris une place prépondérante dans la jurisprudence administrative. Aussi a-t-on essayé de fonder sur eux une théorie générale de la compétence administrative destinée à être opposée aux théories restrictives.

Nous étudierons dans un chapitre premier ces théories restrictives de la compétence administrative, et, dans un chapitre second, la théorie que l'on s'efforce de dégager des textes de l'an VIII et de 1806, et que l'on peut appeler théorie du service public.

CHAPITRE PREMIER

LES THÉORIES RESTRICTIVES

Les théories restrictives qui ont prétendu expliquer et gouverner le contentieux administratif au cours du XIX^e siècle, sont au nombre de deux. La première s'attache à déterminer la répartition de compétences d'après la nature juridique des droits en litige considérés en eux-mêmes ; la seconde s'efforce de déterminer cette même répartition d'après la qualité prise par les personnes administratives au cours du procès. C'est la théorie des actes de gestion et d'autorité.

§ 1^{er}. — THÉORIE S'ATTACHANT A LA NATURE JURIDIQUE DES DROITS EN LITIGE CONSIDÉRÉS EN EUX-MÊMES

C'est la première en date. Avant elle, en effet, on ne peut guère parler de théorie, s'il faut entendre par ce mot un système rationnel ayant pour but d'expliquer ce qui est et d'indiquer ce qui doit être. L'examen de la jurisprudence nous a montré, en effet, que

jusque vers le milieu du XIX^e siècle, le seul motif donné, pour l'attribution de certaines contestations d'origine contractuelle à la connaissance des tribunaux judiciaires, était l'absence de texte les confiant aux tribunaux administratifs. Or, des constatations, même répétées aussi souvent qu'il se présente des espèces, ne constituent pas un système, parce qu'un système suppose, en plus de la constatation d'un fait, un effort de généralisation et d'abstraction qui n'était pas fait alors.

Il ne devait être tenté que le jour où les études administratives furent érigées en science, grâce aux travaux d'Aucoc et de Ducrocq. Ces deux juristes sont les auteurs de la théorie que nous étudions actuellement.

En parcourant les arrêts de la jurisprudence, ils crurent voir que les cas où les textes étaient muets, c'est-à-dire où la compétence reconnue était la compétence judiciaire, étaient essentiellement ceux où se trouvaient en jeu la propriété, l'État, la capacité des personnes et les droits contractuels.

C'est pourquoi Aucoc a écrit : « le législateur n'a pas poussé à l'extrême les conséquences du principe de la séparation des pouvoirs, et il y a des cas où il a confié à l'autorité judiciaire le soin de statuer sur des contestations qui peuvent s'élever à l'occasion des actes d'administration. En premier lieu, il résulte de la loi des 16-24 août 1790 et de diverses lois spéciales, que l'autorité judiciaire seule peut prononcer, même à l'égard de l'autorité administrative, sur les questions relatives au droit de propriété, à l'état-civil et au domicile des citoyens, aux servitudes qui dérivent des dispositions du droit privé ».

Et Ducrocq : « l'autorité judiciaire est à la fois

gardienne du droit de propriété et de la sécurité, de la liberté et de l'état des personnes.

Il en résulte que les réclamations en matière de dommages causés aux propriétés et aux personnes sont, *en raison de leur nature*, dans le contentieux judiciaire... Un autre principe de droit fondamental est que le contentieux judiciaire comprend le contentieux des contrats... alors même que l'Etat, le département, la commune y figurent comme parties (1) ».

Ainsi formulée, cette théorie est doublement inexacte : dans les faits et dans le raisonnement.

Dans les faits, d'abord. Un simple coup d'œil sur la jurisprudence montre qu'elle souffre tant d'exceptions, que vraiment on ne peut plus la considérer comme un principe. Sans doute, au temps des premiers écrits de ces deux auteurs, les lois de l'an VIII et de 1806 étaient assez restrictivement appliquées ; cependant, déjà à leur époque, l'exécution des baux de bac par exemple, rentraient dans le contentieux administratif sans qu'un texte précis en ait jamais décidé ainsi. De plus et surtout, cette théorie méconnaît absolument la portée de plus en plus grande, prise au point de vue de la compétence, par les lois relatives aux marchés de fournitures et de travaux publics qui établissent un contentieux contractuel administratif. Il suffit à ce sujet de renvoyer aux espèces.

Mais, si elle est ainsi démentie par les solutions aussi bien jurisprudentielles que législatives, c'est que cette théorie est fausse dans son raisonnement même. Vouloir établir une distinction fondée sur leur nature entre des droits prétendus civils et des droits

(1) Voir Léon Aucoc, conférences sur le droit administratif. Tome 1 p. 481-482, 3^e édition, et Th. Ducrocq, droit adm., 7^e édition. T. 2, p. 13 et suivantes.

prétendus administratifs, c'est prendre pour une réalité ce qui n'est qu'une distinction d'école. Il n'y a pas un droit civil, un droit commercial, un droit administratif, il y a le droit appliqué aux choses civiles, administratives ou commerciales, mais un droit unique, le même pour tous, et dont doivent s'inspirer tous les tribunaux, à quelque ordre qu'ils appartiennent. Les lois peuvent toucher aux choses civiles, aux choses administratives, aux choses pénales, mais elles sont toutes l'expression d'un même droit unique et général. Il n'y a pas le droit des juges et celui des administrateurs, celui des administrés ou celui des justiciables. Par sa nature, le droit est un. Cela est si vrai que ni Aucoc, ni Ducrocq ne sont parvenus à marquer la limite qui sépare l'administratif du civil.

Si, acceptant leur théorie, on veut bien considérer comme des exceptions les cas multiples où elle ne s'applique pas, on peut se demander ce qui constitue, par nature, le contentieux administratif. Si celui-ci ne comprend pas les contestations relatives ni à la propriété, ni à la capacité, ni à l'état des personnes, ni à l'exécution des contrats, il se trouve uniquement réduit à n'être qu'un contentieux de l'annulation ou de l'interprétation, c'est-à-dire à n'être pas un véritable contentieux. Les tribunaux administratifs ne sont plus que des juridictions gracieuses, où l'intérêt remplace le droit. C'est dire qu'il n'y a pas de droit qui, par sa nature, soit administratif. Tout le droit serait donc civil; en tout cas, il est un, et la distinction proposée apparaît comme tellement superficielle, qu'elle ne saurait être retenue.

§ 2. — LA THÉORIE DES ACTES DE GESTION
ET D'AUTORITÉ

Il faut d'ailleurs reconnaître que, dans les dernières éditions de son ouvrage, Ducrocq évolue vers une autre théorie à laquelle Laferrière, dans son célèbre « *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* » devait donner tout son éclat. C'est la théorie dite des actes de gestion et d'autorité. Au lieu de s'attacher à considérer les droits en eux-mêmes pour essayer d'en dégager la nature, les auteurs qui ont défendu cette théorie s'attachent à la qualité prise par la personne qui exerce ces droits. En regardant vivre les personnes administratives, ils ont été conduits à penser qu'elles manifestaient leur existence de deux manières différentes : tantôt elles agissent, écrivent-ils, comme détentrices de la puissance publique, tantôt elles se comportent comme de simples personnes privées pourraient le faire. Dans le premier cas, elles accomplissent des actes d'autorité, dans le second cas, des actes de gestion. Et partant de cette construction, faite par simple raisonnement, ils se sont demandés si la répartition des compétences n'était pas précisément expliquée par elle. Les tribunaux administratifs seraient compétents quand il s'agirait de litiges relatifs à des actes d'autorité, ils seraient incompétents au contraire quand il s'agirait de litiges relatifs à des actes de gestion. Or, le contentieux contractuel tout entier fait partie des procès soulevés par des actes de gestion. Voilà l'explication de la tendance de la jurisprudence à restreindre, au moins depuis 1810, la compétence administrative en ce qui concerne les litiges soulevés

par l'exécution des contrats. Il suffit, pour ériger cette théorie en principe, d'appeler exception les cas où elle n'est pas vérifiée.

Mais il s'agit aussi de s'entendre sur le sens des mots. Des exceptions pour confirmer la règle ne doivent pas se rencontrer plus souvent que les applications de celle-ci, et c'est malheureusement le cas en l'espèce. Il suffit de voir, en effet, avec quelle largeur a été interprétée par Aucoc lui-même, la notion d'utilité publique servant à caractériser les travaux publics (Voir arrêt Lafond, 1866), — en quels termes généraux ont été édictés les prescriptions de l'an VIII confiant aux Conseils de Préfecture le contentieux des ventes domaniales et celui des baux de sources thermales, — quelle portée extensive a été donnée à la loi sur les passages d'eau de frimaire an VII, et surtout de lire les conclusions déposées au cours des affaires Blanco, Terrier, Feutry, Thérond, pour se rendre compte que les exceptions détruisent la règle et que la distinction proposée ne constitue pas le critérium de la répartition des compétences, ni pour le contentieux général, ni, à plus forte raison, pour le contentieux contractuel.

D'ailleurs, cette théorie motive la même remarque que la précédente : la notion de gestion est tellement extensive qu'elle ne laisse, parmi les actes d'autorité, que ceux qui ne sont susceptibles que de soulever un contentieux de l'interprétation ou de l'annulation, c'est-à-dire des litiges qui ne constituent pas un véritable contentieux. Mais, outre cette remarque, importante cependant, car elle conduit simplement à considérer les tribunaux administratifs, non comme des juridictions mais comme des supérieurs hiérarchiques des agents de l'administration active, la théorie

des actes de gestion et d'autorité mérite un véritable reproche : celui de prétendre qu'à un moment quelconque de leur existence les personnes administratives peuvent se comporter comme des personnes privées, qu'elles présentent deux caractères nettement séparés : celui d'être détentrice de la puissance publique, et celui d'être propriétaire d'un patrimoine.

« Les personnes administratives ne sont pas des personnes morales privées, mais des personnes morales publiques, alors même qu'elles se bornent à manifester leur activité juridique par des actes de patrimonialité (1) ». C'est pourquoi, lorsqu'on s'efforce de distinguer un double caractère dans une même personne administrative, on aboutit fatalement à une contradiction ; Laferrière, lui-même, n'y a pas échappé. Il a été contraint, en effet, à classer, par la logique de son système, parmi les actes de gestion « tous ceux qui sont destinés à assurer la perception des revenus de toute nature (2) » ; nul, pourtant, ne peut soutenir avec vraisemblance que les rôles de contributions directes ne constituent pas des actes d'autorité.

*
**

Voilà donc contredites, non seulement par les faits, mais encore en elles-mêmes, ces deux théories fameuses qui se sont efforcées de dégager un critérium de répartition des compétences.

(1) Voir M. Jacquelin « Les principes dominants du contentieux adm. » p. 85.

(2) Voir Laferrière « Traité de la Jurid. adm. » 2^e édit. 1896, page 5, tome 1.

C'est qu'elles poursuivaient la tâche illusoire de rechercher dans la nature juridique d'un acte ou dans la qualité des personnes qui le passent, des caractéristiques attributives de compétences judiciaires ou administratives, qui n'existent que dans sa portée politique. C'est l'instant, en effet, de se souvenir que la juridiction administrative est une institution politique. Etablie sous la monarchie pour être la gardienne de l'expression de la volonté du souverain, elle était saisie de la connaissance d'une affaire lorsque celui-ci, à raison des conséquences du procès, tenait à faire prévaloir son bon plaisir. Peu importait alors la nature des droits en cause et la qualité des parties. Or l'histoire nous a montré que, depuis lors, la juridiction administrative n'avait pas changé de caractère.

Ce n'est donc pas dans la nature d'un acte, mais dans les conséquences qu'il entraîne, que l'on doit chercher le critérium de la répartition des compétences.

C'est ce qu'ont aperçu les juristes qui ont défendu la théorie selon laquelle la notion de service public est précisément ce critérium.

CHAPITRE DEUXIÈME

LA THÉORIE DITE DU SERVICE PUBLIC

Elle repose sur deux textes essentiels, celui de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII relatif à l'attribution aux Conseils de Préfecture de la connaissance des litiges soulevés par l'exécution des marchés de travaux publics, et celui du décret du 11 juin 1806 sur la compétence en matière de marchés de fournitures de l'Etat. Nous avons vu que l'utilité publique a été longtemps considérée comme le signe auquel on pourrait reconnaître le caractère public d'un travail. Ne serait-ce pas à cause d'elle précisément que la compétence administrative aurait été imposée? Autrement dit, les tribunaux administratifs ne devraient-ils pas être considérés comme les gardiens de l'intérêt général?

Telle est l'idée qui a servi de fondement à la théorie que la jurisprudence a semblé admettre en 1873. Mais à quel signe reconnaître qu'une affaire touche ou non à l'intérêt public? L'appréciation du but d'un acte est une œuvre purement personnelle et subjective. Des litiges qui, par certains, seront considérés

comme d'intérêt purement privé, passeront aux yeux des autres pour mettre en jeu l'intérêt général. Or, ces variations sont évidemment nuisibles à une bonne répartition des compétences dont la qualité essentielle doit être la stabilité, bien qu'on puisse ne pas s'en apercevoir en parcourant la jurisprudence. Il faudrait pour les empêcher qu'un signe extérieur, objectif en quelques sorte, permît à tous de reconnaître le caractère public d'un débat.

Certains esprits avaient pensé qu'un moyen de reconnaître si un litige soulevé par l'application d'un marché de travail, était ou non d'intérêt général, consistait à examiner si l'administration avait été autorisée pour l'exécution du travail à user de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Si la loi de 1810 ou de 1841 avait pu s'appliquer, c'est que l'intérêt général était en jeu et que, par conséquent, le litige en question ressortissait de la compétence administrative. Mais ce critérium présente deux inconvénients contraires : celui de n'être pas assez général et celui d'être trop étendu.

Pas assez général. — En effet, lorsqu'il s'agit d'appliquer le décret de 1806, on ne peut plus l'employer, puisque l'exécution d'un marché de fourniture n'entraîne pas l'expropriation. Trop étendu. — C'est du moins ce qu'a décidé le Conseil d'Etat dans l'affaire Denain d'Anzin, en reconnaissant que, dans certains cas, l'expropriation pour cause d'utilité publique pourrait être employée dans un but d'intérêt privé.

Il fallait trouver autre chose. C'est ce que l'on a tenté dans les affaires Blanco, Terrier, Thérond. On a dit que l'on reconnaîtrait un caractère d'intérêt général à un débat chaque fois qu'il s'élève à l'occa-

sion d'un acte accompli en vue du fonctionnement d'un service public national ou local.

Quand il y a service public, a-t-on dit, il doit y avoir compétence administrative.

Mais, ainsi que nous l'avons montré, en rapportant ces arrêts, les auteurs qui ont mis à jour cette théorie l'ont fait, en dehors peut-être du commissaire du Gouvernement David, avec des restrictions telles qu'il n'est pas mal aisé de se rendre compte que ce critérium nouveau ne leur donne pas pleine satisfaction. — Et cela à juste titre ; car, lorsqu'on a dit que l'utilité publique sera démontrée quand il y aura service public, il reste encore à définir ce que l'on doit entendre par service public, sous peine de ne faire que reculer le problème sans le résoudre, et cette définition n'a pas pu encore être donnée.

Nous ne redirons pas ici les caractéristiques auxquelles — selon certains auteurs — il faudrait s'attacher pour reconnaître que l'on est bien en face d'un service public. Le procédé préconisé consiste en somme dans la recherche de l'opinion du législateur ou de l'autorité chargée d'organiser le service. C'est une question d'interprétation de texte. C'est dire que la répartition des compétences dépendra uniquement du sentiment des juges, et qu'elle sera aussi instable et variable que celui-ci.

Cette conséquence de la nouvelle théorie contribua sans doute à restreindre dans une grande mesure son application, et aussi ce fait qu'elle heurtait violemment les idées inexactes, mais communément reçues, selon lesquelles il existe des droits civils par nature, tels que ceux portant sur les immeubles ou dérivant des contrats. La notion du service public domine en effet ces distinctions. Si l'on en fait le critérium de la

répartition des compétences, comment refuser, par exemple, de confier à la connaissance des tribunaux administratifs les litiges portant sur l'achat d'un immeuble devant abriter une école publique ou la location d'une maison destinée à loger les gendarmes?

Mais c'est là bouleverser une jurisprudence séculaire.

Voilà sans doute pourquoi on est obligé de constater aujourd'hui que la théorie dite du service public, pas plus que les deux précédentes, ne domine la répartition des compétences. Dans les espèces que nous avons précédemment rapportées, on a pu constater cet échec (1). On y a vu, en effet, par exemple, combien peu souvent la connaissance d'un litige soulevé par l'exécution des contrats passés par les établissements publics est confiée à la juridiction administrative. Or, tout le monde s'accorde aujourd'hui à reconnaître que l'établissement public est un service public personnifié, dont les manifestations juridiques sont dominées par le principe de la spécialité commun aux personnes morales de notre droit. Il ne peut donc contracter qu'en vue du but pour lequel il a été créé, c'est-à-dire en vue du fonctionnement d'un service public. Tous les litiges entraînés par l'exécution des contrats qu'il passe devraient donc être de la compétence administrative; or, ils sont à peu près tous de la compétence judiciaire.

(1) Cet échec apparaît tout à fait évident quand on rapproche certaines affaires entre autres :

A. Celle du « Général Boisdeffre » où l'existence d'un service public, bien qu'affirmée par le commissaire du Gouvernement, ne l'empêche pas de réclamer la compétence judiciaire et de l'obtenir.

B. Celles de la Ville de Bordeaux (C. d'Ét. 5 août 1920) et de la Ville de Troyes, (C. d'Ét. 2 juil. 1919) où la compétence administrative a été reconnue alors qu'il ne s'agissait pas de l'exécution d'un service public.

Voilà les faits. Si elle ne suffit pas à les expliquer, la théorie du service public a eu au moins le mérite de poser sur son véritable terrain la question de la répartition des compétences, en recherchant non pas dans la nature des droits, ni dans la qualité de la personne qui les exerce, mais dans le but en vue duquel ils ont été mis en jeu, le critérium permettant d'opérer cette répartition.

Son échec met en lumière l'impossibilité dans laquelle on se trouve de déterminer les intérêts dont la juridiction administrative doit assurer la garde. On ne peut le faire, en effet, ni en s'appuyant sur des textes dont le laconisme complaisant a permis à la jurisprudence toutes les interprétations, ni en s'appuyant sur cette jurisprudence qui a si largement usé de la latitude que lui laissait les lois.

CONCLUSION

Ainsi, des trois théories qui ont prétendu s'appuyer sur la jurisprudence avant de la diriger, aucune n'est vérifiée. Aucune n'a réussi à poser un principe de répartition des compétences en matière de contentieux contractuel. Les deux premières, parce qu'elles portaient de considérations inexactes, la troisième parce qu'elle entreprenait une tâche impossible.

Cette impossibilité, d'ailleurs, ne doit aucunement nous surprendre. Nous avons vu en effet que la juridiction administrative n'a pas sa place dans notre régime constitutionnel. Son rôle, que nous avons dégagé en étudiant son histoire, consistait à être un

interprète fidèle de la volonté royale ; le but dont elle avait à assurer la poursuite était le respect de cette volonté. Elle était compétente par raison d'Etat. Or, il n'y a plus de raison d'Etat, plus d'absolutisme, plus d'arbitraire dans le régime moderne. Les intérêts qu'elle avait à sauvegarder ont disparu. N'est-il pas naturel qu'on ne les puisse plus apercevoir et que, par suite, on ne puisse pas dégager un principe de répartition des compétences ?

Lu et approuvé :

Le Président,

René JACQUELIN.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

H. BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie,

P. APPEL.



Bibliographie

OUVRAGES DE FOND.

- LÉON AUCOC. — « Conférences sur l'administration et le droit administratif », 3^e éd. Paris 1885. Tome 1.
- AULARD. — « Histoire politique de la Révolution Française », Paris 1901.
- H. BERTHÉLEMY. — « Traité élémentaire de droit administratif », 9^e éd. Paris 1921.
- BOUCHARD. — « Des limites du Contentieux administratif ». Thèse Paris 1905.
- CHRISTOPHE. — « Traité théorique et pratique des travaux Publics », 3^e éd. 1889.
- DE CORMENIN. — « Questions du droit administratif », 4^e éd. 1837. Tomes 1, 2, 3.
- ROD. DARESTE. — « La justice administrative en France », 2^e éd. 1898.
- TH. DUCROCQ. — « Cours de droit administratif », 7^e éd. Tomes 1, 2.
- A. ESMEIN. — « Histoire du droit Français », 11^e éd. 1912.
« Droit constitutionnel », 6^e éd. revue par J. Barthélémy.
- G. HANOTAUX. — « L'Origine des Intendants de Province », Paris 1884.
- M. HAURION. — « Droit administratif », 9^e et 10^e éd.
- R. JACQUELIN. — « Les principes dominants du contentieux administratif », Paris 1899.
- G. JÈZE. — « Cours de Droit Public », 1920-1921.
- LAFFERRIÈRE. — « Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux » 1^{re} éd. Paris 1887 et 2^e éd. Paris 1896. Tomes 1, 2.
- PERRIQUET. — « Traité théorique et pratique des travaux publics », Paris 1883.
- L. DE PESLOUAN. — « Histoire de la Révolution administrative sous la Révolution et sous l'Empire ». Thèse Paris 1907.

SAINT-GIRONS. — « Essai sur la séparation des Pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire ». Paris 1881.

REVUES ET RECUEILS DE LOIS.

ISAMBERT. — « Recueil des anciennes lois Françaises » Tome xxv.

DUVERGIER. — « Lois et décrets ».

MAVIDAL et LAURENT. — « Archives Parlementaires ». Tomes 9, 10.

Revue du Droit Public : années 1903 à 1923.

RECUEILS D'ARRETS.

Recueil des arrêts du Conseil d'État Lebon.

Recueil Dalloz et recueil Sirey.

CONCLUSIONS DES COMMISSAIRES DU GOUVERNEMENT

DAVID. — Aff. Blanco. Rec. Lebon 1873. 1^{er} supp. page 61.

ROMIEU. — Aff. Terrier. Rec. Lebon 1903. P. 94.

PICHAT. — « Aff. Therond 4 mars 1910. Rec. Lebon 1910, p. 193.

BLUM. — Aff. Société des Granits des Vosges 31 juil. 1912. Rec. Lebon

CORNEILLE. — « Aff. Astruc 7 avril 1916. Rec. Lebon, p. 832.

RIVET. — Aff. du « Général Boisdeffre » 23 déc. 1921. Revue de Droit Public 1922, p. 74.

CHAPITRE PREMIER. — Généralités sur les contrats passés par les personnes administratives.....	41
CHAPITRE DEUXIÈME. — La jurisprudence et la répartition des Compétences en ce qui concerne les litiges nés sur les contrats passés par l'État.....	45
§. 1. — Sur les contrats de vente et concessions perpétuelles	45
§. 2. — Sur les baux et les concessions temporaires.....	53

§. 3. — Sur les marchés :	
A. de Fournitures.....	61
B. de Travaux Publics.....	65
CHAPITRE TROISIÈME. — La jurisprudence et la Répartition des	
Compétences en ce qui concerne les	
litiges nés sur les Contrats passés par	
les départements, — les Communes	
— les Établissements Publics.....	79
§. 1. — Sur les contrats de vente et d'échange.....	80
§. 2. — Sur les baux.....	81
§. 3. — Sur les marchés de Travaux Publics.....	82
§. 4. — Sur les marchés de fournitures	90

LIVRE TROISIÈME

LES THÉORIES. — CONCLUSION

Introduction.....	97
CHAPITRE PREMIER. — Les théories restrictives.....	102
§. 1. — Théorie s'attachant à la nature juridique des	
droits en litige considérés en eux-mêmes.....	102
§. 2. — La théorie des actes de gestion et d'autorité...	106
CHAPITRE DEUXIÈME. — La théorie dite du service public.....	110
Conclusion	114
Bibliographie	117

